

EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: PRINCIPALES DESAFÍOS

¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad
de intervención complementaria?

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ



Colección Estudios de Derecho Penal

2



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: PRINCIPALES DESAFÍOS

**¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad de
intervención complementaria?**

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ

Colección Estudios de Derecho Penal 2

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
Escuela de Derecho. Departamento de Derecho Penal
Bogotá D.C., Colombia

**EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ:
PRINCIPALES DESAFÍOS**

¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad de intervención complementaria?

© CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ

Universidad Sergio Arboleda

Escuela de Derecho. Departamento de Derecho Penal
Estudios de Derecho Penal No. 2

Primera edición: Julio de 2011

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones.

Universidad Sergio Arboleda

Calle 74 No. 14-14

Teléfono: (571) 3257500 Ext. 2131

www.usergioarboleda.edu.co

Bogotá D.C.

Director Editorial:

Jaime Arturo Barahona Caicedo

jaime.barahona@usa.edu.co

Diseño y diagramación:

Jimmy Fernando Salcedo Sánchez

jimmy.salcedo@usa.edu.co

Diseño de portada:

Jimmy Fernando Salcedo Sánchez

Impresión:

Digiprint

Bogotá, D. C.

ISBN: 978-958-8350-97-4

*A mi Liz,
mis hijos: Sofía y Mateo,
y a mis padres.*

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	7
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO.....	17
LAS TRANSFORMACIONES LEGISLATIVAS.....	17
LOS PROBLEMAS CENTRALES PLANTEADOS POR LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y SU DECRETO REGLAMENTARIO.....	19
<i>La objeción teórica: la pena alternativa.....</i>	19
<i>La revocatoria del beneficio de la pena alternativa.....</i>	22
LA DISCUSIÓN EN LA PRÁCTICA.....	23
<i>El derecho a la justicia.....</i>	23
<i>El derecho a la verdad.....</i>	27
<i>El derecho a la reparación.....</i>	30
<i>La extradición.....</i>	32
<i>Lapso del proceso vs. la pena alternativa.....</i>	34
CAPÍTULO SEGUNDO.....	37
EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	37
<i>Un antecedente ineluctable.....</i>	37
<i>El cambio de rumbo.....</i>	38
NOCIÓN.....	38
LA CUESTIÓN HERMENÉUTICA Y EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.....	41
EL TEST DE ADMISIBILIDAD.....	42
<i>Acercamiento.....</i>	43
GRAVEDAD SUFICIENTE.....	44

COMPLEMENTARIEDAD <i>STRICTO SENSU</i>	47
<i>Admisibilidad por inacción del Estado</i>	47
<i>Inadmisibilidad por acción del Estado</i>	48
<i>Admisibilidad por “falta de disposición” o por “falta de capacidad del estado”</i>	48
<i>La falta de disposición para investigar o enjuiciar</i>	50
<i>La incapacidad de los sistemas judiciales domésticos</i>	52
CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN.....	55
LA CARGA DE LA PRUEBA.....	56
EL ESTÁNDAR PROBATORIO.....	57
CAPÍTULO TERCERO	59
DOS ESTADIOS EN PARTICULAR: SITUACIÓN (CASOS POTENCIALES) – CASO <i>STRICTO SENSU</i>	59
SITUACIONES MONITOREADAS POR LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	60
ESTRATEGIA DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 2009-2012.....	61
LA SITUACIÓN EN COLOMBIA Y LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA EL TEST DE COMPLEMENTARIEDAD.....	62
<i>Primer desafío: la gravedad suficiente</i>	63
<i>Segundo desafío: el escenario de la complementariedad stricto sensu</i>	64
<i>Admisibilidad por inacción o inactividad total del Estado</i>	64
<i>Admisibilidad por falta de disposición y de capacidad</i>	67
<i>Implementación</i>	68
PRINCIPIO DE SELECTIVIDAD: LOS CRÍMENES MÁS GRAVES Y LOS MAYORES RESPONSABLES.....	71
EL FORO MÁS ADECUADO.....	72
CONCLUSIONES.....	75
REFERENCIAS.....	77

Prólogo

Al Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ lo conocí hace seis años cuando por estas mismas calendas me vinculé a la Universidad Sergio Arboleda, primero como asesor académico y luego en tareas docentes, administrativas e investigativas. Para esa época él tenía a su cargo el curso de Teoría del Delito en la Escuela de Derecho que compartimos durante varios semestres.

Con el correr de los días y de los meses nos hicimos buenos amigos y, desde entonces, en unión de todos nuestros colaboradores hemos concurrido en la dura tarea de construir un Departamento de Derecho Penal que le dé lustre al alma mater y lidere la investigación y el debate en el ámbito del Derecho Penal patrio. Esa labor es ahora más difícil cuando se busca edificar los cursos de Derecho Penal, Parte Especial, jalonar los semilleros de jóvenes estudiosos —¡cuyas resonantes victorias académicas ya traspasan las fronteras!— con lo cual se pretende ahondar en la investigación propiamente formativa; y, sobre todo cuando se pretende sacar adelante los programas de posgrado: la Especialización en Derecho Penal de la cual él es también docente y la Maestría en Derecho Procesal Penal que, desde comienzos de 2011, coordina con lujo de competencias.

Sin duda, se trata de un investigador que despunta con mucho éxito en el medio académico atendidas su seriedad, formación, disciplina y madurez, cualidades a las que se suman sus excelentes dotes como ser humano, las mismas que se ven reflejadas en sus clases de pregrado y postgrado, en sus conferencias y en sus contribuciones académicas en revistas y en libros colectivos, donde se ha ganado en franca lid su sitio de honor. Por ello, goza de admiración, respeto y cariño entre sus alumnos, compañeros y, lo que es más importante, es profunda la estima de sus superiores y de los muy escogidos y selectos amigos que frecuenta.

El trabajo que hoy tiene en sus manos el lector, llamado a enriquecer la naciente colección de Derecho Penal propulsada por el Departamento, se

corresponde con su tesis de Maestría con la cual —a finales del año pasado— obtuvo su título de Magister en la Universidad Sergio Arboleda bajo la acertada dirección del Catedrático de la Universidad de Göttingen, en Alemania, el Profesor Doctor KAI AMBOS, que —por lo demás— fue muy bien recibida por los tres jurados que la examinaron.

Con este proyecto académico que hoy llega a su fin, el estudioso nacional quiere poner sobre el tapete la discusión de una temática muy relevante en nuestro medio y en el ámbito del derecho internacional penal en la época actual; se trata, nada más ni nada menos, de la materia atinente al “Principio de complementariedad y (a) la ley de justicia y paz: principales desafíos”. Este título va de la mano de una pregunta que le sirve para enfrentar el problema medular de la investigación y que aparece como subtítulo del trabajo: “¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad de intervención complementaria?”, por supuesto, en Colombia.

La obra consta de una “Introducción” en la cual el autor explica los cometidos de su incursión académica; suyo es el siguiente párrafo: “Así, pues, este trabajo busca elucidar tres escenarios: de un lado, explora los principales problemas que, en el orden teórico y práctico, plantea la Ley 975 de 2005; del otro, estudia el Principio de Complementariedad, a partir de tres fuentes: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; pronunciamientos de las Salas de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Apelación de la Corte Penal Internacional; y, la doctrina. Finalmente, se direcciona hacia los principales desafíos que el procedimiento y la Ley de Justicia y Paz puede presentar *vis-à-vis* con el test de complementariedad”.

Por eso, tres acápites le permiten al expositor plasmar su tarea: en el primero, examina las transformaciones legislativas sufridas por el ordenamiento nacional con anterioridad a la expedición de la Ley 975 de 2005 y sus normas complementarias, más conocida como la “Ley de Justicia y Paz”; así mismo, se ocupa de algunos problemas centrales planteados por esa normatividad, para el caso las discusiones suscitadas por la llamada “pena alternativa”. Además, desde una perspectiva práctica, expone no sólo los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, sino la problemática de la extradición; también, pone de presente las grandes dificultades generadas por la excesiva duración de los procesos de “Justicia y Paz” comparada con las bajas penas alternativas a imponer a los postulados que, como es obvio, reúnan las exigencias legales para hacerse merecedores a ese beneficio. A este respecto, recuérdese, ya la práctica

demuestra que muchos de los sometidos van a cumplir sus sanciones sustitutas sin la emisión de los pronunciamientos judiciales respectivos.

En el capítulo segundo, se aproxima al principio de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a cuyo efecto expone sus antecedentes, su noción, las cuestiones hermenéuticas que el mismo trae aparejadas, el test de admisibilidad y, por supuesto, precisa el concepto del “umbral de gravedad”. De igual forma, desarrolla el principio de complementariedad en sentido estricto a cuyo efecto discurre sobre los eventos de admisibilidad en los cuales el Estado muestra inacción, acción (no suficiente), falta de disposición o de capacidad, ausencia de empeño para investigar o enjuiciar y, por supuesto, los casos en los cuales se presenta incapacidad de los propios sistemas judiciales domésticos. En fin, concluye con los criterios para determinar estas exigencias, la carga de la prueba y con el estándar probatorio.

Por lo demás, el capítulo tercero de la monografía es el escenario en el cual el autor trata de resolver sus interrogantes nucleares a cuyo efecto discurre sobre dos referentes distintos: uno —la situación—, atinente a contextos excepcionales que rompen con el devenir normal de los acontecimientos y convocan las actuaciones que se llevan a cabo en el proceso de activación y de investigación por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional; y otro, —el caso—, que se asienta en hechos concretos objeto de debate una vez emitida una orden de arresto o una citación a comparecer por parte de la “Sala de Cuestiones Preliminares” de ese organismo. Ello le posibilita exponer las situaciones que son objeto de monitoreo por parte de la Fiscalía de esa Corte Penal, su estrategia para los años 2009 a 2012, la situación en Colombia y los desafíos planteados por el test de complementariedad en el caso concreto; al mismo tiempo, estudia el principio de selectividad e indica cuál es —en su opinión— el foro más apropiado para llevar a cabo el juzgamiento de las personas sometidas a la legislación especial ya citada, esto es, el propio territorio colombiano y la actividad judicial de los jueces vernáculos.

El trabajo termina con algunas conclusiones para el debate y una muy bien lograda recopilación de todo el arsenal bibliográfico consultado. De aquellas quiero destacar los siguientes aspectos:

Para el autor es evidente que la paz es un derecho de talante constitucional al que el Estado no puede renunciar, pero ello no significa que se deban olvidar valores como la justicia y la verdad. También, destaca como “acorde con el Estatuto de la Corte Penal Internacional este organismo no busca arrogarse

la competencia en relación con los hechos cuya investigación corresponda a los tribunales nacionales” por lo cual la relación entre ella y las jurisdicciones nacionales “no es vertical y, por lo mismo, procura, sin duda alguna, fortalecer la capacidad de los sistemas judiciales nacionales”. Ese equilibrio, advena, se logra a través de la operancia del principio de complementariedad que no es un apotegma absoluto dado que el Estado pierde la potestad de investigar cuando se puede establecer que hay falta de voluntad para hacerlo o se demuestra su incapacidad para ejercer su jurisdicción en un caso determinado, temáticas de suyo muy complejas.

Es más, debe subrayarse como el investigador —a la hora de responder a la pregunta que le sirve de columna vertebral a su incursión académica— es preciso al expresar que “no hay garantía absoluta de que la Corte Penal Internacional se abstenga de ejercer la facultad complementaria de intervención” en Colombia; y, además, que el test plasmado en esta materia por el Estatuto de Roma “es bien complejo y, superarlo, en relación con el caso colombiano —Ley de Justicia y Paz— no parece muy claro, a pesar de los evidentes escollos que atraviesa”. Así mismo, cree que “de acuerdo con la estrategia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, ésta se ocupa no sólo de los crímenes más graves sino de los criminales más responsables”, asunto en el cual estima que se va a encender el debate pues gran parte de los criminales paramilitares fue extraditada a los Estados Unidos de Norteamérica —nación que, recuérdese, no reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y, para acabar de ajustar, se arroga competencias para perseguir a los criminales a lo largo y ancho del planeta sin el respeto por las jurisdicciones ajenas e incluso por los Derechos Humanos: ¡el reciente asesinato del terrorista OSAMA BIN LADEN por órdenes del Presidente de esa nación, es un muy buen ejemplo de ello!— y su participación en el marco de la Ley de Justicia y Paz ha quedado en entredicho.

La discusión, pues, está servida y este trabajo espera otras reflexiones de igual o superior calado sea para refutarlo o profundizarlo. Mientras tanto, desde nuestra Casa de Estudios debemos sentirnos orgullosos de la tarea emprendida por este investigador quien le ofrece al país su primer gran fruto maduro el cual, a partir de hoy, comienza su peregrinación por el mundo de la Academia seria, luego de que su propuesta naciese al interior del Grupo de Estudio en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, del cual forma parte.

Aquí está, pues, a disposición de los lectores el texto de WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ. De él y de su tarea intelectual, bien se puede predicar lo que con profunda sabiduría apunta la Sagrada Biblia cuando —al referirse a los detractores que dicen hablar de parte de Dios— señala: *“Ustedes los pueden reconocer por sus acciones, pues no se cosechan uvas de los espinos ni higos de los cardos. Así, todo árbol bueno da fruto bueno, pero el árbol malo da fruto malo. El árbol bueno no puede dar fruto malo, ni el árbol malo dar fruto bueno. Todo árbol que no da buen fruto, se corta y se echa al fuego. De modo que ustedes los reconocerán por sus acciones”* (Mateo, capítulo 7, versículos 16-20). Por supuesto, aquí los frutos cosechados son muy buenos porque el árbol también lo es.

Esto último cobra mucha relevancia en países como los nuestros hoy presas de una falsa, pedante, y arrogante “academia”, que pretende endiosar a los portadores de pergaminos y enlodar la actividad de los verdaderos investigadores a quienes, por supuesto, se les conoce por sus gestas como eruditos y su compromiso social y no por el bulto de títulos que carguen bajo el brazo. En fin —y hacia allá apunta este enérgico pero respetuoso llamado—, de lo que se trata es de evitar que en nuestra nación —como con dureza lo dijo hace setenta y siete años el autor del famoso tango “Cambalache”— sea lo mismo un burro que un gran profesor y que las imposturas intelectuales se generalicen.

Fernando Velásquez V.

Director del Departamento de Derecho Penal.

Bogotá, doce de mayo 2011.

Introducción

Quizás el primer juicio internacional del que se tenga noticia en el ámbito internacional es el de Peter Von Hagenbach, llevado a cabo en el año de 1474. En dicho juicio, aquel resultó condenado y fue decapitado al ser hallado culpable de la realización de crímenes de guerra y diversas atrocidades cometidas durante la ocupación de Breisach, Alemania (Sshabas, 2007). Éste, a su turno, adujo como defensa el hecho de haber recibido órdenes superiores de Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña (Ntanda Nsereko, 1999). De lo anterior, se infiere que es dual la relevancia de este antecedente: de un lado, por irrumpir como el primer juicio internacional; del otro, por erigirse en un referente, tratándose de la discusión en el marco de la orden del superior jerárquico en el escenario de las justificantes.

No obstante, la primera propuesta sería tendente a la redacción de los estatutos para un tribunal penal internacional de carácter permanente proviene de Moynier —otrrora presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja— quien, en una reunión de dicho organismo celebrada el día tres de enero 1872, así lo planteó (Hall, 1998).

Sin embargo, tuvo que transcurrir más de un centenario para que en 1998 se creara la Corte Penal Internacional que, como se sabe, es una institución permanente con plena facultad para ejercer —de manera complementaria— su jurisdicción sobre personas nacionales de los estados partes, respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional.

En consecuencia, la estructura del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, según Ambos (1999), es resultado de un difícil proceso con tintes políticos y jurídicos adelantado a lo largo de muchos años, en la búsqueda de encontrar soluciones a los diversos problemas que el asunto traía aparejado; de esta manera, se logró —por consenso— refundir los distintos intereses político criminales y los diferentes paradigmas legislativos de los países que intervinieron en dicha discusión, en forma aceptable para todos.

En Colombia, dicho plexo normativo se incorporó al ordenamiento por medio de la Ley 742 de 2002, previa modificación del contenido del Artículo 93 de la Carta Política.

Así las cosas, por virtud de la competencia *ratione temporis*, la Corte Penal Internacional puede, de manera complementaria, investigar —*ratione materiae*— los crímenes de genocidio y de lesa humanidad acaecidos en Colombia a partir del primero de noviembre de 2002.

En relación con los crímenes de guerra, Colombia, al igual que Francia, hizo uso de la declaración contenida en el Artículo 124 del Estatuto de Roma, a cuyo efecto en un lapso de siete años —contados a partir de la ratificación del tratado internacional— se excluyen dichos crímenes de la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional; de suerte que, cumplido ese término —tal y como ocurrió— puede asumir la competencia acerca de los mismos, siempre y cuando su realización se verifique a partir del primero de noviembre de 2009.

De cara a ese panorama, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional plantea interesantes desafíos por la tensión que puede suscitar su plexo normativo con los modelos legales y las actuaciones de los diversos países que han ratificado el tratado, en la medida en que se trata de una institución que, bajo ciertos presupuestos, “complementa” los sistemas judiciales domésticos.

A este respecto, cobra importancia la discusión que puede suscitar el procedimiento decantado por la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), *vis à vis* con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, específicamente, con el Principio de Complementariedad.

Como se recordará, con la mencionada normatividad se apuesta a la denominada justicia transicional como herramienta llamada a jalonar la paz y, por ende, a luchar contra la justicia privada en nuestro país, de forma muy similar a como ya se ha intentando en otros países del planeta, donde el conflicto ha tenido manifestaciones tan profundas como las que hoy impactan a la sociedad colombiana.

En esa línea de razonamiento, de cara al caso colombiano, paradigmática es la tensión que se divisa entre la Ley 975 de 2005 —con ella la *praxis*— y el Principio de Complementariedad, piedra angular, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así pues, este trabajo busca elucidar tres escenarios. De un lado, explora los principales problemas que, en el orden teórico y práctico, plantea la Ley 975 de 2005; del otro, estudia el Principio de Complementariedad a partir de tres fuentes: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; pronunciamientos de las Salas de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Apelación de la Corte Penal Internacional, y la doctrina. Finalmente, se direcciona hacia los principales desafíos que el procedimiento y la Ley de Justicia y Paz puede presentar *vis-à-vis* con el test de complementariedad.

No se trata, de ninguna manera, de profetizar la suerte que correrá el análisis que en esta materia posiblemente adelante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional —que podrá resultar bien distinto— sino de formular unas sensatas inquietudes tendentes a vivificar un poco más el constante e imperioso debate académico que materias como estas merecen.

De esta manera, el interrogante que se plantea en este contexto es el siguiente: ¿tal y como está concebida la Ley de Justicia y Paz y con ella su procedimiento, garantiza que la Corte Penal Internacional no ejerza su facultad complementaria?

CAPÍTULO PRIMERO

Las transformaciones legislativas

Con miras a precisar el decurso legislativo previo a la expedición de la ley 975 de 2005, es menester ocuparse a grandes rasgos de las transformaciones, término que se emplea “para mostrar que no siempre ha habido coincidencia entre las intenciones de quienes propusieron ciertos diseños institucionales y los resultados reales que éstos han tenido” (Uprimny2001, p. 263), que, en línea semejante, precedieron la susodicha ley, así como aquellas que en afín dirección se expidieron *ex post*.

El recorrido (Velázquez y Wolffhügel, 2009) se inicia con el Decreto 3398 del 24 Diciembre de 1965 “por el cual se organiza la defensa nacional”, que emergió como producto de la situación —bien particular— de orden público que atravesaba el país en ese entonces, con evidente conexión espacio-temporal con el accionar de los grupos guerrilleros, como el ELN y las FARC. Esta reforma fue inspirada en normas de rango superior que, como el Artículo 121 de la extinta Constitución de 1886, regulaba lo concerniente al estado de sitio, declarado —en este caso— mediante el Decreto 1288 de 1965 que, a la postre, valió como basamento de la estrategia de defensa de la seguridad pública y nacional que reglamentó el Decreto 3398 de 1965, al que ya se ha hecho referencia.

Así mismo, la indicada transformación legislativa modificó el marco jurídico común existente de aplicación del Derecho penal; a tal efecto, en primer término, incorporó los artículos 95 del Código de Justicia Penal Militar y 121 y 122 del Código Penal dentro de las disposiciones referentes a la defensa nacional; en segundo término, instauró procedimientos especiales, según los cuales en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público conocería todas las infracciones contempladas en el Decreto la Justicia Penal Militar, por el procedimiento de los consejos de guerra verbales.

Luego, la Ley 48 de 1968 adoptó como legislación permanente el Decreto 3398 de 1965 —de naturaleza transitoria— exceptuando los Artículos 30 y 34, es decir, los que modificaban el marco de aplicación común del Derecho Penal. Como dicha normativa autorizó que la población civil se hiciera partícipe de operaciones militares “no agresivas” (Artículo 6 del Decreto 3398 de 1965) y adquirió cuerpo la denominada autodefensa civil.

Después, entraría en escena el célebre “Estatuto de seguridad” de la época del Presidente Turbay Ayala (Decreto N° 1923 de 1978) que, con el pretexto de combatir graves formas de criminalidad, se arrojó en la Justicia Penal Militar a la que entonces se dieron amplias facultades para investigar y juzgar ciertas delincuencias, pese a la protesta airada de la doctrina penal de entonces.

Posteriormente, se expidió el Decreto 3664 del 17 de Diciembre de 1986 “por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público”, seguido por el Decreto Legislativo 0180 del 27 Enero de 1988 “Por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público” de naturaleza transitoria, convertido en permanente mediante el Decreto 2266 de 1991. En seguida, el catorce de Abril de 1988, se puso en vigencia el Decreto 0678 “Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público en la zona del Urabá Antioqueño”.

Al tenor de lo dicho, las reformas legislativas en estas líneas citadas tienen en común el referente que las inspiró, esto es, el mencionado instituto jurídico constitucional del estado de sitio, consagrado en el Artículo 121 Constitución de 1886. Aunado a ello, modificaron en su momento el marco jurídico común al complementar normas del Código Penal.

A continuación, el 8 de Junio de 1989 se expidió el Decreto 1194 “por el cual se adiciona el Decreto Legislativo 0180 de 1988, para sancionar nuevas modalidades delictivas, por requerirlo el restablecimiento del orden público” que castigaba, entre otras conductas, las de promocionar, financiar, organizar, dirigir, fomentar y ejecutar actos tendentes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente como escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada. Al igual que sus predecesores, este Decreto dejó de ser transitorio para erigirse en permanente.

Luego, el Decreto 2266 de 1991 adoptó como legislación permanente una serie de disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del estado de

sitio, para el caso los Decretos Legislativos 3664 de 1986, 1198 de 1987, 1631 de 1987, 0180 de 1988, 2490 de 1988, 1194 de 1989, 1856 de 1989, 1857 de 1989, 1858 de 1989, 1895 de 1989, 2790 de 1990 y el 099 de 1991.

Con posterioridad, y bajo el ropaje de la nueva Carta Política de 1991, se promulgó la Ley 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Esta normativa se afina en la negociación con los grupos armados ilegales de carácter político.

De la mano de la anterior normativa, irrumpió la Ley 782 de 2002, la cual prorroga la vigencia de la mayoría de las disposiciones de la Ley 418 de 1997; sin embargo, el destinatario de la negociación no es, en este escenario, el grupo ilegal de naturaleza política, sino que prevé la posibilidad de negociar con cualquier grupo ilegal, algo que resulta coherente en la medida en que la naturaleza política que pueda tener —algo *per se* discutible—, no le quita la etiqueta de grupo armado al margen de la ley.

Así mismo, emerge la Ley 975 de 2005 que, como bien es sabido, se instituye en el marco por excelencia del proceso de paz que actualmente adelanta el Gobierno Nacional con los mal llamados “grupos paramilitares”, a condición del cumplimiento por parte de los desmovilizados de premisas a ella vinculadas, tales como la verdad, la justicia y la reparación de la mano con el Decreto Reglamentario 3391 de 2006.

Los problemas centrales planteados por la ley de justicia y paz y su decreto reglamentario

La objeción teórica: la pena alternativa

Un estadio particular del asunto examinado es el atinente a la llamada “pena alternativa”, consagrada en la Ley 975 e imponible a quienes se han acogido a dicha herramienta por un lapso que fluctúa entre cinco y ocho años de prisión, a condición de que se cumplan ciertos requisitos y según la gravedad de los delitos cometidos, entre otras exigencias.

Desde esta perspectiva, el primer cuestionamiento que fluye se refiere a si el *quantum* de la pena alternativa es proporcional a la naturaleza de los delitos de trascendencia internacional, cometidos por quienes se acojan al proceso de paz adelantado en Colombia.

Al respecto, Uprimny (2006) sostiene que se requiere la existencia de un castigo proporcionado para los delitos de lesa humanidad y para los crímenes atroces. Por su parte, Botero y Restrepo (2006) afirman que quienes cometan

tales crímenes deberían ser procesados y condenados a penas también proporcionales. Sostener lo contrario, es decir, preconizar la imposición de penas leves, sería en verdad un mensaje equívoco (Uprimny y Saffón, 2006).

Desde luego, la razón para clamar por la imposición de una pena que resulte proporcional no sólo emerge de la gravedad del comportamiento, sino que para poder honrar a las víctimas es necesario que se expida una condena equivalente al daño cometido (Robinson, 2003).

A este propósito, debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el caso de la “Masacre de la Rochela contra Colombia al abordar, grosso modo, algunos aspectos de la Ley 975 de 2005 dijo:

(e)n cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena [...] estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.

Es más, reiteró en el párrafo 193 que para que el Estado satisfaga adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, debe observar el principio de proporcionalidad de la pena.

A su turno, nuestra Corte Constitucional ha sostenido que la pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz, resulta acorde con la Constitución pues no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia que se preserva mediante la imposición de una pena originaria dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el cual se condene al agente, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado incumple las obligaciones adquiridas (Sentencia C-370 de 2006).

De otra parte, hay quienes afirman que la disminución sustancial de la pena parece haber vulnerado el interés de la justicia en sentido amplio (Ambos, 2008).

Sea como fuere, la tesis de la Corte Constitucional prodiga un carácter puramente simbólico a la “pena originaria”, pues la sanción que en realidad se cumplirá, la “pena alternativa” —salvo que se infrinjan los compromisos—, será de cinco a ocho años de prisión, como ya se dijo. En síntesis, para la Corte Constitucional resulta claro que la “pena originaria” —la cual puede ser de hasta 60 años de prisión si se tratare de hechos cometidos con posterioridad

a la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004 o de cuarenta tratándose de comportamientos punibles cobijados por la legislación anterior— es proporcional a la gravedad de los crímenes y ésta se mantiene incólume al imponer, de manera definitiva, una “pena alternativa” por la realización del mismo hecho, de cinco a ocho años de prisión.

De esta manera, si bien la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta Política esa nueva modalidad de la pena, no lo hizo de manera aislada, sino que su razonamiento se hizo depender directamente de la efectiva reparación de las víctimas. Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas establecida por la norma se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada (Sentencia C-370 de 2006). La consecuencia de ello es, entonces, diáfana: si no se repara imponer la pena alternativa resulta ineluctablemente inconstitucional.

A contrario sensu, en salvamentos de voto ha habido una posición según la cual la Ley 975 desconoce, entre otros, el principio de proporcionalidad de las sanciones penales. Es más, se ha dicho que con la expedición de esta Ley se abandonan los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y los Protocolos de Ginebra y su Protocolo Adicional II, dentro de los que vale la pena subrayar de nuevo aquellos referidos a la proporcionalidad de las sanciones penales (S.V. Sentencias C-370 del 2006, C-400 del 2006, C- 575 de 2006 y C-080/07).

Bajo esa traza, emerge el primer interrogante acerca de si la Ley 975 de 2005 —Ley de Justicia y Paz— en su concepción y sobre todo en la práctica, garantiza que el fenómeno de la impunidad no se presente en el caso colombiano.

Ambos (1997), por ejemplo, plantea que el concepto de impunidad abarca dimensiones legales, sociales, culturales y económicas. En esa línea de análisis expone diversas formas de aparición del asunto de la siguiente manera: impunidad legal-material, impunidad procesal y la impunidad como problema estructural, haciendo un análisis de cada una de ellas. Resulta de especial interés una forma de impunidad —dentro de la procesal— que se presenta “en el caso de que no exista compensación y rehabilitación de la víctima de las graves violaciones de derechos humanos” (Ambos, 1997, p. 37).

Ahora bien, para otros (Frühling, 2004) habrá impunidad no sólo cuando el autor de un delito escapa a su procesamiento penal, sino también cuando al ser declarado culpable es sancionado con penas no proporcionales a la naturaleza y a la gravedad de la conducta punible ejecutada. Desde luego, esto implica plantear de la mano del autor citado un test de proporcionalidad entre la naturaleza y gravedad de la conducta punible y la pena.

De la mano de lo anterior, Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, en su informe definió el susodicho fenómeno de la siguiente manera:

Una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (2005).

Esta postura adquiere relevancia directa en relación con la figura de la pena alternativa examinada que, como ya se dijo, debe estar precedida del logro de la verdad, la justicia y la reparación efectivas, amén de la acreditada contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional y su adecuada resocialización tal y como lo establece el inciso 2º del Artículo 8 del Decreto 4790 de 2005.

Por supuesto, si ello no se torna posible, la concesión de tal beneficio no sólo devendría en inconstitucional, sino que —al tenor de lo dicho— abriría de par en par las compuertas para que reinara la impunidad en estos ámbitos

La revocatoria del beneficio de la pena alternativa

El Artículo 12 del Decreto Reglamentario 3391 de 2006 establece como causal que da lugar a la pérdida del beneficio de la pena alternativa la situación que se presenta cuando —antes de finalizar el periodo de libertad a prueba— se conozca la existencia de sentencia judicial en la que se establezca la comisión por parte del beneficiario de un delito ocultado por él durante la versión libre, que le sea imputado como miembro del bloque o frente armado organizado al margen de la ley del cual hacía parte y relacionado, directamente, con el accionar del bloque o frente respectivo y su pertenencia al mismo.

Esta causal ha sido objeto de críticas (Ambos, 2008), pues —en la forma en que está prevista— implica que, además de una sentencia judicial, debe estar rodeada por los siguientes referentes:

- a. Que se trate de un delito cometido antes de la desmovilización.
- b. Que el delito —ocultado en la versión libre— tenga relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia para el esclarecimiento de la verdad.
- c. Que la sentencia se conozca antes de finalizar el periodo de prueba.

En primer lugar, parece claro que el delito no confesado debe tener relevancia dentro del proceso de paz por su entidad y trascendencia, para el esclarecimiento de la verdad. Desde luego, este aspecto resulta ser tan ambiguo que, difícilmente, se podrá revocar el beneficio, pues no se puede precisar cuál es el rasero para determinar si la infracción a la ley penal es o no de importancia. El Decreto no brinda mayores posibilidades hermenéuticas al respecto, por lo que se corre “el peligro de que en la práctica se recurra excesivamente a esta causal para no revocar la pena alternativa una vez otorgada” (Ambos, 2008, p.210).

En segundo lugar, la sentencia condenatoria debe conocerse antes de la finalización del periodo de prueba; esto es, en un lapso que oscilará entre dos y medio y cuatro años, contados con posterioridad al cumplimiento de la pena alternativa. Desde luego, ubicados en este escenario, resulta bastante problemática la situación que se puede presentar en aquellos eventos en los cuales el “versionado” haya ocultado delitos que sean de trascendencia dentro del proceso de paz, cuya sentencia se conozca después de transcurrido el periodo de prueba, en cuyo caso no habrá lugar a la revocatoria del beneficio.

La discusión en la práctica

El derecho a la justicia

En relación con este derecho, la Corte Constitucional ha dicho en la Sentencia C-370 de 2006 que la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos forma parte del derecho a la justicia, y dicha exigencia —de acuerdo con la jurisprudencia internacional— está aunada a dos elementos adicionales: el plazo razonable y la necesidad de las diligencias orientadas a obtener un resultado satisfactorio.

De esta forma, es deber del Estado investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, y a la par las víctimas deben contar con

recurso judicial efectivo sin olvidar el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso (Ambos, 2009).

En ese sentido la CIDH —en los casos de “19 comerciantes contra Colombia”, con fecha 4 de julio de 2005, y el de “Las hermanas Serrano Cruz contra el Salvador”, del primero de marzo de 2005, párrafo 88 y 66, respectivamente—, sostuvo que: “El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”.

A partir de estos referentes teóricos, es menester formular las siguientes consideraciones con miras a precisar si, en efecto, el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz aplicado ha permitido el acceso a este derecho.

Los casos: como bien se sabe, la Ley de Justicia y Paz empezó a regir a partir del 5 de julio 2005. Los destinatarios de la misma son 3810 postulados, de los cuales 1867 han rendido versión libre —sin embargo, 1210 se han retirado del procedimiento de Justicia y Paz—, 652 continúan en versión libre y cinco concluyeron esta fase. De otra parte, 1943 postulados están a la espera de ser escuchados en versión libre (Ambos, 2010).

Los anteriores datos, *prima facie*, indican que se ha dado inicio y trámite a los procesos en el marco de la susodicha Ley y conforme al derecho a la justicia. Sin embargo, con cinco años de vigencia de la mencionada Ley el saldo no es satisfactorio. Si bien es cierto que en el caso de Wilson Carrascal, alias “El Loro”, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, emitió la correspondiente sentencia condenatoria el 19 de marzo de 2009, también es cierto que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad del proceso en el cual se profirió dicho fallo, a partir del acto de formulación de cargos, en providencia del 31 de julio del mismo año. No obstante, para el momento en el cual finaliza este estudio, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, ha proferido dos sentencias condenatorias que sucintamente serán referenciadas.

En primer lugar, el día 29 de junio de 2010, rad. 110016000253200680077, se profirió la sentencia conocida como “Mampujan” —denominada así por el nombre de la población en la que ocurrieron parte de los hechos objeto de la misma—. En este proveído judicial fueron sentenciados los postulados Edwar Cobos Téllez alias “Diego Vecino” y Uber Enrique Banquéz M. alias “Juancho Dique” en su condición de comandantes del bloque Montes de María y frente

Canal del Dique, a 468 meses de prisión y cuatrocientos sesenta y dos (462) meses de prisión respectivamente.

En segundo lugar, el día 2 de diciembre de 2010, rad. 110016000253200680281, se profirió sentencia de carácter condenatorio en contra del postulado Jorge Iván Laverde Zapata alias “El Iguano”, consistente en cuatrocientos ochenta (480) meses de prisión y multa de cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes luego de haber sido hallado responsable de cometer los delitos de homicidio en persona protegida, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado, actos de terrorismo, tortura, secuestro simple, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, destrucción y apropiación de bienes protegidos, exacción o contribuciones arbitrarias, daño en bien ajeno y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de la fuerzas armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo.

En los dos casos, y de cara la pena alternativa, el mencionado Tribunal impuso la misma por el lapso máximo, esto es, por el término de ocho años.

Lo dicho pone de relieve que los plazos en que transita el proceso de justicia y paz son más lentos de lo esperado, toda vez que al fluctuar la pena alternativa entre cinco y ocho años de prisión resulta bastante problemático que el proceso —que inicia con la llegada de la lista de postulados a la Fiscalía General de la Nación (C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia 27873 de 27 agosto 2007)— dure más de cinco años en relación con quienes están privados de la libertad, que ascienden a 700. Piénsese en el caso “Mampujan” en el cual los condenados se desmovilizaron el 14 de julio de 2005 o en el supuesto en el cual si al momento de dejar las armas y reinsertarse a la vida civil el postulado no era destinatario de medida de aseguramiento ni condenas pendientes.

Así pues, al paso de los acontecimientos, en el proceso de justicia y paz se evidencia con toda claridad que habrá casos en los que se emitirán las sentencias transcurridos más de cinco años, no sólo de iniciado el proceso, sino de privación de la libertad de los postulados; situación que en el ámbito del derecho procesal penal y de ejecución penal plantea evidentes problemas que más adelante se discutirán.

El plazo razonable

A la hora de incursionar en estos ámbitos, la Corte Constitucional (Sentencias: T-1249 de 2004; T-366 de 2005) recoge los parámetros empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Acosta Calderón vs.

Ecuador, párrafo 105; caso 19 comerciantes vs. Colombia, párrafo 190) que a su turno los extrae del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párrafo 77) y que son los siguientes: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

Aunado a ello, es imperioso mencionar —como referente a tener en cuenta— un elemento adicional que es la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010, párrafo 133).

En todo caso, advierte la mencionada Corte que a la hora de aplicar estos criterios —con miras a precisar el plazo razonable— es menester tener en cuenta las circunstancias particulares, toda vez que habrá casos en los que satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalecerá sobre la garantía del plazo razonable (caso Radilla Pacheco vs. México, 2009, párrafo 244).

A partir de los anteriores derroteros y con el fin de precisar si se está frente a un caso de retardo injustificado, la doctrina plantea dos enfoques (Ambos, 2010). El primero, absoluto, que se caracteriza porque analiza sin más el lapso que ha transcurrido en curso de un proceso; el segundo, relativo, parte de una visión según la cual los tiempos se analizan en comparación con los que usualmente tarda un proceso de semejantes características (Agirre, *et. al.*, 1999).

Para el caso que nos ocupa, si se parte de una visión relativa, se ha dicho que es sumamente difícil establecer si hay o no demora injustificada ante la ausencia de elementos fiables para establecer la duración de un proceso en la justicia penal ordinaria y así cotejarla con los plazos de la Ley de justicia y paz (Ambos, 2010).

A la inversa, si el punto de partida es el absoluto la posibilidad de corroborar la tardanza injustificada es menos compleja, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un proceso en el cual se impondrá a los postulados que cumplan con las condiciones requeridas la pena alternativa cuyo mínimo es de cinco años.

Acorde con lo dicho anteriormente, se puede sostener que la duración del proceso, frente a los desmovilizados postulados privados de la libertad por cuenta del mismo, no debería ser superior a cinco años. La razón es simple: un proceso penal en el que se impone detención preventiva no debe durar más que el mínimo de la pena que se va a imponer, así se trate de la penal alternativa.

El derecho a la verdad

En este asunto, la discusión teórica está por decantarse en la medida en que este derecho “no se encuentra refrendado *per se* en ningún instrumento jurídico universal” (Navqvi, 2006, p. 12), lo que pone de presente la duda que rodea su existencia positiva.

Por ello, “hay que ponerse de acuerdo sobre el asunto de la verdad sobre el derecho a la verdad” (Navqvi, 2006, p. 33), máxime de cara al proceso penal que, a lo sumo, provee una noción aproximativa de verdad, en la medida en que se vale de un método diferente del histórico que sí indaga por la verdad real (Pastor, 2007).

Frente a esta realidad, se ha dicho que el legislador colombiano pudo —aunque todavía puede— dotar de mayor legitimidad al proceso de paz, si hubiera empleado de un modo más amplio los mecanismos alternativos a la persecución penal, en particular, el referido a una Comisión de Verdad y Reconciliación efectiva (Ambos, 2008, 2009).

En la misma línea de argumentación, la Sala de Casación Penal ha manifestado que es conveniente la creación de una Comisión de la Verdad que, ajustada a las necesidades particulares de nuestra realidad, opere paralelamente con los procesos judiciales, con la pretensión de esclarecer la verdad que busca la sociedad. Incluso, la misma corporación exhorta

al Gobierno Nacional para que convoque a las principales fuerzas sociales —representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otras agrupaciones civiles—, en orden a estudiar la conformación de una comisión de la verdad, que paralelamente con los juicios penales que se siguen a la luz de la Ley de Justicia y Paz, ayude a establecer la verdad sobre el pasado que aquí se juzga (C.S.J. Proceso No 32022, 21 de septiembre 2009).

De este modo, lo que se busca a través de una Comisión de Verdad y Reconciliación —que debe complementar la persecución penal— es escalear la verdad (Ambos, 2008), lograr más que aquello que la dialéctica judicial y narrativa del proceso penal obtiene.

A tal efecto, una Comisión de Verdad y Reconciliación efectiva, según Ambos (2009), debe estar compuesta por personalidades reconocidas e independientes cuya escogencia emane de un proceso de selección consultivo y representativo. Así mismo, en el nivel operacional, debe establecerse un punto de contacto identificado públicamente para las víctimas y los testigos;

igualmente, le corresponde disponer de recursos adecuados y tener suficiente independencia del Estado y otros grupos interesados. Por otro lado, debe poseer facultades de investigación y recibir apoyo nacional e internacional, y le incumbe arrojar luz sobre las causas del conflicto para prevenir la repetición de futuras violaciones. De la misma manera, el mandato —además de estar limitado en el tiempo— debe ocuparse, *ratione materiae*, de los crímenes codificados en el Estatuto de Roma y, de otra parte, deberá investigar casos representativos que ilustren patrones de criminalidad. Por último, deberá identificar las víctimas y recomendar reparaciones a los órganos estatales competentes.

La verdad y Ley 975 de 2005

El Artículo 7 de esta Ley establece que la sociedad, y en especial las víctimas, tiene el derecho inalienable, pleno y efectivo a conocer la verdad, no sólo acerca de los delitos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley, sino también sobre el paradero de las víctimas de los secuestros y desaparición forzadas. Por lo anterior, esta prerrogativa no se satisface con el simple procedimiento interno pues, como lo señala Ambos (2008), es necesario que se haga efectivo el derecho de las víctimas y de sus familiares a conocer, tanto la verdad de lo sucedido, como a que se les imponga a los criminales que causaron el daño la sanción correspondiente.

Este derecho a la verdad, de conformidad con la jurisprudencia aún en desarrollo de la Corte Penal Internacional, implica

that the victims' core interest in the determination of the facts, the identification of those responsible and the declaration of their responsibility is at the root of the well-established right to the truth for the victims of serious violations of human rights (Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case (ICC-01/04-01/07-474) Mayo 13 de 2008, párrafo 32).

A su turno, la CIDH ha sostenido el carácter irrenunciable del derecho de las víctimas o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y de las responsabilidades correspondientes, por medio de la investigación y el juzgamiento de los mismos. Así las cosas, si se precisan las circunstancias en las cuales se llevaron a cabo las violaciones, es factible considerar que el Estado ha proporcionado a la víctima y a sus familiares un recurso efectivo de cara a la satisfacción de ese derecho y ha cumplido con su obligación general de investigar (caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia del 22 de febrero de 2002, párrafo 75).

En esa línea de argumentación, la Corte Constitucional determinó que el contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad implica la obligación de que los delitos más graves sean investigados, de donde se infiere que el Estado es responsable si no hay una indagación seria acorde con la normatividad nacional e internacional (Sentencia C-370 de 2006).

Aunado a ello, no debe perderse de vista la dimensión colectiva del derecho a la verdad, que por su parte

exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades (caso la masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia del 11 de mayo de 2005 párrafo 195).

Justamente, la Sala de Casación Penal ha dicho que en la medida en que los delitos que se investigan en el marco de la Ley de justicia y paz no sólo afecten a las víctimas directas o indirectas, sino que trasciendan a la sociedad, el derecho a la verdad se concibe como de carácter colectivo (C.S.J. Proceso No 32022, 21 de septiembre 2009), lo que cual impone un estándar bien alto en aras de la consecución de la misma.

Desde luego, es claro que tal y como está previsto el proceso delineado por la Ley 975, la consecución de la verdad depende de dos factores: el primero, de lo que confiesen los postulados y el segundo, de lo que logre conocer la Fiscalía en su labor de confrontación.

Ahora bien, en el marco de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, es importante resaltar que las Autodefensas han confesado su participación en 1597 masacres y su autoría en 173.183 homicidios. Además, según las versiones libres rendidas por los desmovilizados, se ha logrado la identificación y ubicación de 3557 menores de edad víctimas del reclutamiento y la documentación de 34.467 casos de desaparición forzada. El consolidado entregado también da cuenta de que las autodefensas desmovilizadas ocasionaron el desplazamiento forzado masivo de comunidades en 74.990 personas. El total de hechos iniciados para confesión es de 51.616 y el total de víctimas relacionadas en hechos referidos para confesión es de 65.747¹.

¹ Ver: <http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article3544>

El derecho a la reparación

El artículo 8° de la Ley 975 de 2005. Como se recordará, este derecho comprende varias exigencias. En primer lugar, la restitución que alude a los actos que buscan devolver a la víctima —en la medida de lo posible— a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o a la transgresión grave del Derecho Internacional Humanitario; por ejemplo, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los Derechos Humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008). Adicionalmente, la CIDH incorpora los conceptos de afectación patrimonial y no patrimonial que, a su turno comportan el daño material y el proyecto de vida (CIDH. caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Sentencia del 28 de noviembre de 2005, párrafo 78).

A pesar de lo anterior, de cara a las violaciones de DDHH en las que no se pueda devolver a la persona al estado anterior, es imperioso acudir a otras formas de reparación, como la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso e identificar, juzgar y sancionar a los responsables (CIDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrafo 164), e igualmente la búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas (caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 270-273), toda vez que la entrega de los restos mortales constituye un acto de reparación en sí mismo. En este punto, de conformidad con datos suministrados por la Fiscalía General de la Nación a fecha 11 de febrero de 2011², un total de 3080 fosas han sido encontradas, así como 3771 cuerpos hallados.

En segundo lugar, aparece la rehabilitación que persigue recuperar a todas las personas por medio de una segura atención médica y psicológica. Por último, la satisfacción y las garantías de no repetición, que, por un lado, aluden a medidas que propenden por una reparación simbólica y, por el otro, a la prevención de violaciones o transgresiones.

En esta materia, el Artículo 23 de la Ley 975 de 2005 prevé el denominado incidente de reparación integral a cuyo efecto en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos —previa solicitud expresa de la víctima, o

² Ver: <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/EXH/EXHUMACIONES.htm>

del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella—, el magistrado ponente debe abrir de inmediato el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocar a audiencia pública dentro de los cinco días siguientes.

Al respecto, es evidente que para la procedencia del mencionado trámite incidental es necesario que se surtan varios pasos: el primero, que el imputado acepte cargos; el segundo, que se declare la legalidad de dicha aceptación, y el tercero, que medie solicitud de la víctima, del Fiscal o del Ministerio Público para que se pueda discutir acerca de la reparación integral.

En este orden de ideas, ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia T-085 de 2008) que la satisfacción del derecho de las víctimas está sometida no sólo a la identificación del victimario, sino también a la aceptación de los cargos por parte de éste; esto es, al reconocimiento de su autoría en el hecho delictuoso. Por esta razón, imponerles el trámite de este proceso es tanto como que los derechos derivados de la condición de víctima quedaran suspendidos hasta cuando se cumpla dicho acto procesal, lo que no sólo desconoce tal condición—al ignorar que para su reconocimiento no es necesario siquiera identificar al victimario— sino que también se le está atribuyendo indirectamente la carga de perseguirlo para la satisfacción de sus derechos fundamentales, pues si el Estado no lo hace y el único medio para conseguir la reparación es por medio del proceso penal, entonces la víctima tendría que ejercer la persecución, lo que a todas luces contraviene los postulados imperantes de un Estado Social de Derecho en el cual es éste el que tiene el deber de hacer respetar las leyes y de este modo las garantías fundamentales, mediante la persecución del infractor y perpetrador del daño, pues sólo el Estado posee el poder coercitivo para ello.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. El Artículo 51 de la Ley 975 de 2005 establece las funciones de esta Comisión; a tal efecto, le compete: (1) garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos; (2) presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales; (3) hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley; (4) hacer seguimiento y evaluación periódica de la reparación de que trata la presente ley y señalar recomendaciones para su adecuada ejecución; (5) presentar, dentro del término de dos años contados a partir de la vigencia de la Ley 975/05, ante el Gobierno Nacional y las Comisiones de Paz de Senado y Cámara de

Representantes, un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley; (6) recomendar los criterios para las reparaciones de las que trata la Ley 975/05; (7) coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, y (8) adelantar acciones nacionales de reconciliación que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional. En cumplimiento de dichas prerrogativas, la Comisión presentó el informe de Gestión 2005-2008, en el que da cuenta de sus actividades (Informe de Gestión, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación).

Fondo para la reparación de víctimas. El decreto 4760 de 2005 —por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005— establece no sólo el derecho de las víctimas a la reparación individual y colectiva, en los términos anotados, sino que enfatiza que los pagos de las reparaciones serán realizados por intermedio de Acción Social-Fondo para la Reparación de Víctimas, agencia que pondrá de manera permanente en conocimiento del público el listado de bienes que, en desarrollo de la Ley 975 de 2005, le hayan sido entregados para la reparación de las víctimas.

Así, pues, de acuerdo con la información que brinda la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, se han entregado —según 108 actas de recepción³— once fincas, cinco lotes, 21 vehículos, 5257 semovientes, un televisor, 23 predios, cinco casas, mercancía (calzado infantil), \$4.353.000.000, aproximadamente, 19 motocicletas, dos apartamentos, un parqueadero y depósito, dos volquetas, un camión, dos lanchas, partes de cuatro motores fuera de borda, una sociedad de nombre “Complejo Turístico Ocaso” (dueña de un establecimiento de comercio y un inmueble urbano).

La extradición

Todo un vendaval jurídico —además de político y mediático— se desencadenó a partir del hecho conocido de la extradición de catorce importantes jefes paramilitares encausados por el ritual de la Ley 975/05. En esta dialéctica, encontramos las siguientes posturas:

La crítica

En el comunicado de prensa de mayo 14 de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —que sigue con detenimiento el proceso de desmovilización en Colombia, con base a un mandato del

³ <http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=455&conID=1667>

Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) y a sus competencias conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos— expresó no sólo “su preocupación por la extradición de líderes paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que limita seriamente el esclarecimiento de graves crímenes perpetrados durante el conflicto armado en Colombia”, sino que también subrayó que la obligación del estado de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación de los crímenes cometidos por los grupos paramilitares se ve afectada por dicha decisión.

La réplica

El mismo día —14 de mayo de 2008— el estado colombiano, a través del Ministro de Relaciones Exteriores, rechazó el mencionado comunicado por encontrarlo ligero y ajeno a la verdad; además, precisó que, de cara a los derechos de las víctimas,

las autoridades norteamericanas deberán procurar a través de los mecanismos que la cooperación judicial internacional consagra, que los bienes que el ciudadano Colombiano otorgue producto de la negociación a la que llegue con las autoridades judiciales de los Estados Unidos, sean destinados a la reparación de las víctimas en Colombia. Y así mismo, que se garantice que, en caso de existir el deseo y la voluntad de parte del aquí entregado de continuar colaborando con las autoridades judiciales colombianas confesando hechos delictivos y dando bienes, que pueda hacer resarcimiento de carácter moral a favor de las víctimas, incluyendo actos de reparación moral, resarcimiento, relato de hechos, manifestaciones de perdón y otro tipo de reparaciones de esta índole. Nada impedirá entonces al ciudadano que se entrega que continúe ante los funcionarios colombianos confesando crímenes cometidos y entregando bienes para reparar a sus víctimas.

La judicatura

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia prohíja una tesis según la cual la extradición afecta gravemente el proceso de justicia y paz, con base en cuatro aristas (auto de 19 agosto 2009, rad. 3045).

La primera: el quebrantamiento del espíritu de la Ley 975 de 2005. En palabras de la Sala de Casación Penal:

(l)a extradición de los paramilitares sometidos al proceso de justicia y paz ha constituido un golpe de gracia al propósito inspirador de una ley que

ha pretendido hacer germinar la paz entre los colombianos y la prueba más fidedigna del descalabro de dicha estrategia gubernamental contra la violencia y los grupos armados ilegales.

La segunda: el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Al respecto, afirma que la experiencia reciente demuestra que las extradiciones concedidas y ejecutadas por el Estado han permitido que en los procesos de Justicia y Paz se paralice el conocimiento de la verdad, dado que los postulados extraditados no han podido seguir confesando los crímenes cometidos. De esta manera, las víctimas están quedando sin saber la verdad y la sociedad sin garantías de no repetición.

La tercera: el traumatismo del funcionamiento de la administración de justicia colombiana, en la medida en que no se logra que los postulados concluyan sus exposiciones para que la justicia colombiana emita los pronunciamientos definitivos que de ella se esperan.

La cuarta: la gravedad de los delitos. De conformidad con la naturaleza de los delitos que se investigan en el marco de la Ley de justicia y paz, el delito de narcotráfico, que motiva la solicitud de extradición, es un atentado de segundo orden que no debe primar en relación con crímenes de superlativa gravedad.

Para finalizar, se ha dicho que autorizar la extradición de un nacional por el delito de narcotráfico, cuando éste debe responder por la comisión de delitos de lesa humanidad, constituye una modalidad de impunidad que autoriza al Tribunal Internacional para que intervenga en aquellos Estados que patrocinan tales prácticas (auto del 19 agosto 2009, rad. 3045).

Lapso del proceso vs. la pena alternativa

Como se ha dicho, en cinco años de vigencia y aplicación de la Ley 975 de 2005, se han proferido tres sentencias —de las cuales una fue declarada nula por parte de la Sala de Casación Penal—. Lo anterior, amén de preocupante, permite plantear un problema que posiblemente se verificará con el transcurso del tiempo: el hecho de que algunos de los postulados desmovilizados cumplan cinco años de reclusión o más —por virtud del procedimiento de Justicia y Paz— sin que se profiera la sentencia condenatoria en su contra.

De cara a la concepción y al diseño del proceso estipulado en Ley 975 de 2005, por el momento son dos las consideraciones para esta discusión.

La primera trata de un proceso en el cual el desmovilizado postulado que se someta y cumpla con las exigencias señaladas por el arquetipo legal va a ser

objeto de una sentencia condenatoria; la segunda, que el beneficio que recibirá —sin importar el quantum de la pena principal— será el de la concesión de la pena alternativa que fluctúa entre cinco y ocho años de prisión.

Al hilo de lo dicho, es consecuente afirmar que la sentencia, y por ende la concesión de la pena alternativa, en teoría debe producirse antes de que el desmovilizado postulado cumpla cinco años de detención por cuenta del proceso regido por la Ley 975 de 2005, algo que difícilmente se cumplirá en todos los casos.

Por el contrario, el hecho de que la sentencia condenatoria, y con ella la pena alternativa, se conceda después de cinco años de detención preventiva promueve dos escenarios:

El primero, un aumento de facto del mínimo de la pena, en el entendido que la sentencia que imponga la pena alternativa partirá del lapso que el postulado desmovilizado haya cumplido como detención preventiva, según cada situación en particular.

Es consecuente subrayar, como dice la doctrina, que dada la drástica reducción de la pena alternativa frente a la pena ordinaria, difícilmente habrá casos en los que la pena alternativa no llegue al máximo de los ocho años (Ambos, 2009). Esta afirmación es confirmada en la práctica: recuérdese que en las condenas proferidas en contra de los postulados Jorge Iván Laverde Zapata alias “El Iguano”, Edwar Cobos Téllez alias de “Diego Vecino” y Uber Enrique Banquéz M. alias “Juancho Dique” se les impuso como pena alternativa el máximo allí previsto (ocho años).

El segundo, que una vez impuesta la pena alternativa el monto de la misma sea inferior al del término de privación efectiva de la libertad.

Al respecto, ninguna de las dos alternativas resulta totalmente satisfactoria. La primera, por obedecer a la fuerza de los hechos y no a la estética del derecho; la segunda, por la contradicción que genera purgar una pena privativa de la libertad superior a la que se concede a través del beneficio de la pena alternativa. En relación con lo anterior, recuérdese que cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá al desmovilizado la libertad a prueba.

Como es apenas natural, a la pena alternativa se le descuenta el lapso que el postulado desmovilizado haya estado privado de la libertad por cuenta del proceso decantado en la Ley 975 de 2005, lo que pone de relieve la problemática aquí esbozada.

CAPÍTULO SEGUNDO

El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Un antecedente ineluctable

El punto de partida que se debe explorar en esta materia reside en determinar cómo los tribunales *ad hoc* —creados mediante resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con el capítulo VII de la Carta— han plasmado el problema derivado de la concurrencia de competencias que, en cuanto a la comisión de crímenes nucleares, tienen las jurisdicciones nacionales *versus* los tribunales internacionales.

Al respecto, dos referentes resultan paradigmáticos: el primero, consignado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que, en su artículo 9 —“Competencias concurrentes”—, dispone que el Tribunal Internacional y las jurisdicciones nacionales son simultáneamente competentes para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Pese a ello, esa ilusoria paridad es decidida en favor del tribunal internacional, toda vez que el mismo artículo es categórico al sostener que aquel tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. Es más, —subraya la norma— en cualquier estadio del procedimiento es factible solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor.

De otra parte, el segundo caso se encuentra consignado en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, que con similar contenido resuelve, en su artículo 8, la primacía a favor del tribunal internacional.

De esta manera, fluye con claridad la prelación de la jurisdicción internacional, habida cuenta de que ambos tribunales fueron establecidos *ex post facto* y *ad hoc* como instrumentos de *ultima ratio* para el restablecimiento de la paz (Olásolo, 2009).

El cambio de rumbo

Como bien se sabe, la creación de la Corte Penal Internacional, a la inversa de los tribunales *ad hoc*, emana de un tratado internacional; es más, se trata de la primera corte penal internacional permanente en la historia de la humanidad, basada en un tratado internacional (Ambos, 2007). Lo anterior implica necesariamente que la relación entre aquella y los estados se rija por postulados diferentes a los decantados en los mentados foros *ad hoc* (Olásolo, 2009).

En esa línea de análisis, la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el Proyecto de 1994 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dejó abierta la pregunta relativa a la relación entre la nueva Corte y los tribunales nacionales (Doherty y McCormack, 1999). Empero, en los trabajos preparatorios existía un amplio consenso entre los delegados, en el sentido de que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales no deberían ceñirse fielmente a las directrices de los modelos *ad-hoc*, que —como se dijo— otorgaban primacía a los Tribunales Internacionales.

De esta manera, se optó porque los estados tuvieran esa primera oportunidad de investigar y juzgar los crímenes internacionales. Se trata de una “primacía formal” —como algunos llaman de buena fe (Jensen, 2005)— de las jurisdicciones nacionales, cuyo cometido es buscar que en el contexto nacional se adelanten las investigaciones y enjuiciamientos de los crímenes más graves. Así mismo, se le asigna a la Corte Penal Internacional una “primacía material” en aquellos asuntos en los que las jurisdicciones nacionales son incapaces de actuar o cuando ellas demuestran la falta de disposición para investigar y enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes nucleares (Olásolo, 2009).

Lo dicho anteriormente pone de manifiesto que la regulación de los aspectos sustantivos atinentes a la aplicación del Principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma gravita en el delicado equilibrio que se debe encontrar entre la prerrogativa otorgada a las jurisdicciones nacionales y la facultad de supervisión que sobre éstas se reconoce a la Corte Penal Internacional (Delgado y Martín, 2001).

Noción

Si bien el Estatuto de Roma no alude expresamente a este principio, los artículos 1° y 17 del mismo —amén de los artículos 18 y 19— dan cuenta del

llamado *principio de complementariedad*, que también se encuentra consignado en el Preámbulo del mismo en cuyo párrafo 10° se enfatiza que la competencia de ese tribunal internacional es *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales; es decir, “complementa” los sistemas de justicia penal domésticos en relación con la persecución del crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (Ambos, 2007).

De esa manera, se evidencia no sólo la dimensión institucional del principio de complementariedad toda vez que se erige en un concepto direccionado a regular los posibles conflictos entre la jurisdicción de los tribunales nacionales y la competencia residual de la Corte Penal Internacional (Stahn, 2008), sino también el carácter fundamental que los redactores del Estatuto quisieron dar a este postulado, para el éxito del establecimiento y del funcionamiento de la Corte (Jensen, 2005).

Por ello, este principio que se sustenta en gran medida en el Artículo 17 del Estatuto de Roma, está destinado a regular la relación existente entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales. A tal efecto, busca un equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados y el interés de la comunidad internacional para constituirse, de esta manera, en la disposición más importante del Estatuto en lo atinente a los Estados parte (ambos, 2008, 2008). Para decirlo de otra manera: este axioma es una de las piedras angulares de la Corte Penal Internacional —como lo ha señalado la doctrina especializada— (Meyer, 2006, 2006), o el corazón de la misma, como también se ha dicho.

Acorde con lo anterior, puede definirse como un postulado funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción (Holmes, 1999).

Según lo dicho, la teleología de la complementariedad reside en que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su jurisdicción penal donde las cortes nacionales fracasan al actuar (Burke-With, 2005); por ello, la Corte Penal Internacional afirma que, si bien su objetivo es el de poner fin a la impunidad, no reemplaza a las jurisdicciones nacionales (The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor’s application for warrant of arrest, párrafo 44). Por lo anterior, la complementariedad proporciona una limitación fundamental de las competencias, en la medida en que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no puede actuar si existe un verdadero procedimiento a nivel nacional (Burke-Witthe, 2008a).

Se trata, sin duda, de un dispositivo dirigido a permitir el cumplimiento conjunto de objetivos universales y el correcto cumplimiento de las obligaciones de investigar y enjuiciar los delitos más graves (Gioia, 2006). Por esta razón, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional no es sólo un derecho, sino también un deber de los Estados (Schabas, 2008).

En esta línea de reflexión se plantea una complementariedad proactiva (Burke-Witthe, 2008b) que busca promover el ejercicio de jurisdicciones domésticas sobre crímenes internacionales a través de la influencia legal y política de la Corte Penal Internacional. La razón de lo anterior está en el reconocimiento de las limitaciones que tiene la Corte Penal Internacional — la realidad práctica de que con los recursos limitados con que dispone nunca será capaz de investigar y procesar todos los crímenes (Heller, 2006)— que, por esta vía, se pueden transformar en reales ventajas tendentes a minimizar la impunidad.

Al respecto, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional sostiene que ha adoptado un enfoque positivo de la complementariedad; es decir, busca fortalecer las actuaciones judiciales nacionales. Por ello, la mayor parte del trabajo realizado para alcanzar los objetivos del Estatuto, puede tener lugar en el poder judicial nacional de los países en todo el mundo (Prosecutorial Strategy 2009-2012). En este diseño, la intervención de la Oficina del Fiscal debe ser excepcional.

Esto también pone de relieve la dimensión sistémica del principio de complementariedad (Stahn, 2008), la cual propende por la relación e interacción entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales. No se trata, entonces, de una institución que actúa frente a las jurisdicciones nacionales, sino de una entidad que actúa en conjunción con ellas.

En esta línea de reflexión, resulta de interés la denominada “complementariedad cooperativa” (Olásolo, 2010) que se fundamenta en el reparto con la CPI, de la carga de investigar y enjuiciar dichos delitos, sobre todo en aquellos casos en los que se evidencien serios problemas atinentes a la falta de capacidad.

Sea como fuere, para que ello se pueda materializar y las jurisdicciones domésticas puedan investigar y procesar los crímenes nucleares, es necesario, entre otras cosas, que el estado adopte un sistema legislativo que le permita de manera eficaz sancionar dichos comportamientos y evitar así que el sistema judicial resulte inoperante en relación con los crímenes internacionales. Con toda razón, el párrafo 4 del Estatuto de Roma afirma que “[...] los crímenes

más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

Así, pues, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se activa y ejerce, únicamente, por virtud de la inacción, la falta de disposición y/o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales (Olásolo, 2009). Por ello, a los Estados se les da, según Robinson (2003), la primera oportunidad para procesar.

La cuestión hermenéutica y el principio de complementariedad

En este punto se observan dos referentes. En primer lugar, el Artículo 21 del Estatuto de Roma no sólo decanta el derecho aplicable, sino que de paso indica una doble jerarquía de las fuentes de derecho a las que se puede acudir: norma obligatoria y norma facultativa (Werle, 2005). De esta manera, al compás de la doctrina (Agirre, *et. al.*, 1999), las disposiciones de complementariedad del Estatuto pueden ser interpretadas a la luz de los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba, de los tratados y los principios y normas del derecho internacional, y los principios generales del Derecho derivados de las leyes nacionales de los sistemas jurídicos del mundo.

En segundo lugar, como lo ha sostenido la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional:

The interpretation of treaties, and the Rome Statute is no exception, is governed by the Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969), specifically the provisions of articles 31 and 32. The principal rule of interpretation is set out in article 31 (1) that reads: A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. (Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo, Public document Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on marzo 10 de 2008, párrafo 5).

En igual sentido, ha dicho la doctrina (Jensen, 2006 y Agirre *et. al.*, 1999) que el Estatuto, al ser un tratado multilateral, está gobernado por los principios de interpretación dispuestos en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De esta forma, la regla principal de la interpretación se establece en el Artículo 31 (1) cuando se afirma que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a (sus) términos [...] en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Esto no obsta, desde luego, para acudir a medios de

interpretación complementarios, tales como los trabajos preparatorios (Agirre, *et. al.*, 1999).

En esa línea de argumentación, debe decirse que el criterio teleológico es una buena herramienta en el ámbito de la interpretación (Agirre, *et. al.*, 1999). Así pues, el Preámbulo del Estatuto afirma su decisión de poner fin a la impunidad de los autores de graves crímenes. Por supuesto, el objetivo delineado es asegurar que los crímenes internacionales no queden en la impunidad, como bien lo han expuesto estudiosos de la talla de Young (2002), Robinson (2003) y Moreno (2007) al ocuparse de tal materia.

Lo anterior es refrendado por la jurisprudencia al afirmar que las actividades de la Corte Penal Internacional deben poner fin a la impunidad (Public document Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, No. ICC-01/04-01/07 OA 25 Septiembre 2009, párrafo 79) y así contribuir a la prevención de nuevos crímenes. De esta manera, el Estatuto debe ser interpretado de suerte que permita la realización efectiva de sus objetivos (Gioia, 2006).

El test de admisibilidad

Artículo 17 del Estatuto de Roma

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el Artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
 - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no pueda realmente hacerlo.
 - b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.
 - c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 20.

- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.
- 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
 - a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha, o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el Artículo 5.
 - b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
 - c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, y haya sido o esté siendo sustanciado de forma que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Acercamiento

A la hora de incursionar en este terreno de la discusión, corresponde trazar un estudio normativo del Artículo 17, esto es, decantar el test de complementariedad que, de acuerdo con Ambos (2008), se mide por la calidad de los procesos y la falta de voluntad e incapacidad del modelo judicial doméstico, como criterios que se deben tener en cuenta para que un asunto sea o no admisible (Evans, 1999).

En lo que atañe a este test, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha considerado que el conjunto de estas disposiciones delinea un sistema mediante el cual la determinación de la admisibilidad está destinada a ser un proceso continuo durante toda la fase previa al juicio, cuyo resultado está sujeto a revisión en función de la evolución de los hechos

relevantes (Prosecutor vs. Kony, *et. al.*, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, 10-03-09 (ICC-02/04-01/05), párrafo 28). Además, dicho test está sujeto a una valoración dual, como se verá a continuación. (Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, párrafo 48)

La primera, a partir del análisis del Artículo 17, párrafo (1) literales (a) a (c); la segunda, enmarcada en el estudio del caso de conformidad con el Artículo 17, párrafo (1), literal (d) (Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, párrafo 30 y 42).

Dicho de otra forma, el primer test —complementariedad en estricto sentido (Ambos, 2010) — regenta la discusión en tres ámbitos: primero, la admisibilidad por inacción del Estado; segundo, la inadmisibilidad por acción del Estado, y tercero, la admisibilidad por falta de disposición o por falta de capacidad del mismo. El segundo test se ocupa del estándar de gravedad suficiente, que se erige en un criterio para justificar la intervención de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, párrafo 42).

Precisado lo anterior, y de acuerdo con el orden sugerido por la doctrina (Ambos, 2010) y confirmado en la práctica, se analizarán el estándar de gravedad suficiente y la complementariedad *stricto sensu*.

Gravedad suficiente

De cara a la confección de las disposiciones contentivas en el Estatuto de Roma, el asunto atingente al umbral de gravedad —artículo 17 (1) (d)— se caracterizó por mantenerse casi idéntico al redactado en el primer proyecto de estatuto de la CPI elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994 (Sacouto y Cleary, 2009). En efecto, la idea de incluir una disposición en tal sentido fue que la CPI ejerciera su competencia en relación con los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y, en consecuencia, se entendiera que este foro no es el apropiado frente a hechos aislados que no cumplan con este umbral.

Ahora bien, en la práctica este enfoque parece tener éxito en la medida en que la Sala de Cuestiones Preliminares aseguró que, si bien los crímenes de jurisdicción de la Corte son graves, la referencia a la insuficiencia de gravedad es una medida de seguridad adicional que impide que la Corte pueda investigar, procesar y enjuiciar casos periféricos (Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in

the Republic of Kenia, (ICC-01/09-19-Corr) 31 de marzo de 2010. párrafo 56.). En el mismo sentido, en el caso de Lubanga se dijo que la presencia de los crímenes más graves para la comunidad internacional no es suficiente para que un caso sea admisible ante la CPI (Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, párrafo 41).

En este sentido, es claro que a pesar de la gravedad que *per se* implican los crímenes de competencia de la CPI, el Artículo 17 (1) (D) exige un umbral adicional que se debe analizar, tanto en la iniciación de una investigación de una situación, como en el caso o casos que de allí resulten (Ambos, 2008 y The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor's application for warrant of arrest, párrafo 44).

Ahora bien, con el fin de otorgar mayor rigor y precisión a este concepto, la doctrina (Ambos, 2010) — con asidero en el Estatuto de Roma— formula una orientación según la cual se deben distinguir dos formas de gravedad: una no discrecional (art. 17.1 (d) ER) y otra de gravedad relativa o discrecional (art. 53.1 (c) ER).

En atención a lo dicho anteriormente, resulta claro que es imprescindible el análisis del umbral de gravedad a la hora de incursionar en el test de admisibilidad. No obstante, ni el Estatuto de Roma ni las Reglas de Procedimiento y Prueba definen este concepto, por lo que su concreción y alcance les corresponde tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Frente a este panorama, la Oficina del Fiscal ha dicho que esta noción no se puede construir a partir de requisitos rígidos, en la medida en que este mecanismo está enderezado a establecer un estándar básico de gravedad que dependerá de cada caso (Darft Police Paper on Preliminary Examinations, ICC-OPT2010).

Ahora bien, un primer referente con miras a evaluar la gravedad de los delitos presuntamente cometidos en una situación, está consignado en el Reglamento de la Oficina del Fiscal, a cuyo efecto se debe tener en cuenta la escala, la naturaleza, el modo de comisión y el impacto de los mismos.

Frente a la escala de los crímenes pueden ser evaluados a la luz del —entre otras cosas— número de víctimas directas e indirectas, los daños causados por los crímenes, en particular, el daño físico o psicológico causado a las víctimas (Police Paper on Preliminary Examinations, ICC-OPT2010). Al respecto, paradigmático resulta el análisis hecho por el fiscal de la CPI en lo que concierne a Irak, en el entendido de que el número de víctimas potenciales de crímenes de competencia de la Corte era de cuatro a doce por homicidio intencional y

un número limitado en cuanto a la conducta de tratos inhumanos, cifra que dista del número de víctimas que se encuentran en otras situaciones objeto de investigación o análisis que involucra a miles de homicidios intencionales, así como actos de violencia sexual y millones de desplazados (Moreno-Ocampo, Letter Concerning Situation in Iraq).

En lo que atañe a la naturaleza, esto es, la cuestión de qué delitos son los más graves, se debe afirmar que el ámbito *ratione materiae* decantado en el Estatuto de Roma ofrece por sí mismo una primera aproximación. No obstante, delitos como el genocidio, el asesinato, la violencia sexual y la tortura se consideran de especial gravedad. Aunado a ello, se incluye la forma particularmente atroz con la cual se ejecuta el hecho, y de la misma manera si los comportamientos se orientan a las víctimas especialmente vulnerables, como por ejemplo mujeres, niños y ancianos (De Guzman, 2008).

Ahora bien, el estado de la discusión en el escenario de la Corte Penal Internacional, en materia de gravedad, está por decantarse (Ambos, 2010). Lo anterior, toda vez que si bien ha habido intentos hermenéuticos tendentes a precisar este test, dichos criterios no han tenido éxito, tal y como se evidenció, por ejemplo, al pretender incluir (la Sala de Cuestiones Preliminares I) como pauta el impreciso y ambiguo concepto de alarma social “in assessing the gravity of the relevant conduct, due consideration must be given to the social alarm such conduct may have caused in the international community” (Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58, párrafo 47), que ha sido, por supuesto, objeto de importantes críticas no solo por parte de la doctrina (Ambos, 2010), sino por la misma Sala de Apelaciones que declaró esta definición del Artículo 17 (1) (d) —acerca del umbral de la gravedad— como defectuosa (Judgment on the Prosecutor Appeals Against of Decision of the Pre Trial I Chamber entitled “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, Article 58).

Ahora bien, frente a la segunda gravedad relativa, ésta “constituye como ‘los intereses de las víctimas’ (art. 53 (1) (c)) un sub-criterio de la cláusula de interés de la justicia, dejando, por tanto, al Fiscal un amplio margen de discreción” (Ambos, 2010, P. 162). Esta valoración, que se tiene en cuenta una vez se ha superado el test de admisibilidad, implica por un lado que la no apertura de investigación por parte del Fiscal es de carácter excepcional en la medida en que existe una presunción a favor de la investigación o juzgamiento de los crímenes nucleares; por el otro lado, ésta deberá ser interpretada al tenor

de los objetivos y propósitos del ER, *vr.gr.* combatir la impunidad por delitos internacionales (Police Paper on the Interests of Justice. (ICC-OPT2007) P. 3).

En ese sentido, tal y como ha afirmado la CPI —Situación de Kenia—, el test de interés de la justicia puede producir una razón de no proceder incluso cuando la admisibilidad y la jurisdicción están plenamente satisfechas. Así, el Fiscal deberá proceder con la investigación a menos que existan circunstancias específicas que tengan base razonable para creer que no está en el interés de la justicia realizar la investigación en determinado tiempo (Situación de la República de Kenia. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (ICC-01/09-19-Corr) 31 de marzo de 2010).

Complementariedad stricto sensu **Admisibilidad por inacción del Estado**

Se trata de la hipótesis menos compleja al abordar el asunto, habida cuenta que se refiere a aquellos eventos en los cuales el Estado no ha iniciado ninguna investigación. Se trata, sin duda, del fenómeno que la doctrina denomina como la falta de acción (Olásolo, 2003) o inactividad total del Estado (Ambos, 2010).

En tal escenario, no hay necesidad de examinar los factores de la falta de voluntad o incapacidad, porque el caso es simplemente admisible en virtud de los términos claros consignados en el Artículo 17 (Agirre, *et. al.*, 2003). En ese sentido, la citada Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido que en ausencia de cualquier acción del Estado no es necesario hacer ningún análisis de la falta de disposición o incapacidad (Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, párrafo 42). En esta línea de reflexión, la CPI confirmó la admisibilidad en el caso Kony al asegurar que si ningún Estado actúa respecto de un caso específico no se justifica realizar mayor análisis sobre la falta de voluntad o incapacidad (Prosecutor vs. Kony. Decision on the Admissibility of the Case under Article 19 (1) of the Statute. (ICC-02/04-01/05), marzo 10 de 2009, párrafo 49)

Así las cosas, como lo ha dicho la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, la primera pregunta que se debe formular ese organismo a la hora de determinar la admisibilidad o no de un caso consiste en establecer si éste ha sido o no investigado o juzgado por las autoridades nacionales correspondientes. Por ello, es sólo después de esta determinación que la Corte considera si el Estado quiere o no, o puede o no llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento

correspondientes (Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo. Prosecution's Response to Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber, julio 31 de 2009, párrafo 52).

Por lo tanto, como ha dicho la Sala de Apelaciones, las preguntas que se deben formular apuntan a determinar: (1) si hay investigaciones o actuaciones judiciales en curso y (2) si ha habido investigaciones y si el Estado que tiene jurisdicción ha decidido no procesar a la persona en cuestión. De esta forma, sólo cuando las respuestas a estas preguntas son afirmativas se debe examinar la cuestión de la falta de voluntad e incapacidad. De ello se deduce que en caso de inacción la cuestión de la falta de voluntad o incapacidad no se plantea (Public document Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, párrafo 78).

De esta forma, es posible afirmar que el análisis del Artículo 17 del Estatuto se debe efectuar en dos fases distintas: la primera —una cuestión empírica— consiste en determinar si existe un procedimiento nacional o no; la segunda —de índole normativa y a condición de que la primera sea positiva— busca verificar si el Estado está dispuesto o no, o no puede realmente llevar a cabo el procedimiento (Robinson, 2006 y Ambos, 2008, 2010).

Inadmisibilidad por acción del Estado

El Estatuto de Roma establece como causa de inadmisibilidad, el hecho de que el asunto sea objeto de una investigación y el enjuiciamiento correspondientes en los términos del Artículo 17.

Admisibilidad por “falta de disposición” o por “falta de capacidad del estado”

Estos conceptos constituyen, sin duda, factores desencadenantes de la admisibilidad de un caso (Gioia, 2006). Como es natural, a este propósito emerge un interrogante central que es pertinente dejar planteado: ¿cuáles pautas se deben emplear para determinar si, en efecto, un Estado carece de la voluntad o de la capacidad para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos iniciados? Las líneas siguientes se dedican a tratar de dar respuesta a este interrogante.

La concreción de estos términos se erigió en uno de los asuntos más complejos y discutidos en las negociaciones surtidas en torno al principio de complementariedad cuando se confeccionaba el actual Estatuto (Holmes,

1999 y Olásolo, 2003); éste es, quizás con mayor polémica, el de la falta de disposición (Holmes, 1999 y Quesada, 2005).

En efecto, la mayoría de las delegaciones participantes aceptó el planeamiento de la Comisión de Derecho Internacional, consignado en el Proyecto del Estatuto, según el cual la Corte debería tener jurisdicción en aquellos casos en los que los procedimientos judiciales nacionales fuesen incapaces de proceder (Holmes, 1999).

En relación con la incapacidad el consenso era evidente; a la inversa, en cuanto a la expresión “falta de disposición”, algunas delegaciones se opusieron a su inclusión. Sin embargo, a la postre, se evidenció que la no inserción de este concepto podría ser una invitación a los Estados para bloquear la jurisdicción de la Corte e iniciar así investigaciones solamente para proteger a los perpetradores de los crímenes (Holmes, 1999). Así las cosas, bastaría con un simulacro de juicio en un Estado determinado para eludir la actuación de la Corte (Cárdenas, 2006).

En síntesis, el principal objetivo al edificar una disposición relativa a la falta de disposición fue el de impedir que se adelantaran juicios ficticios, destinados a proteger a los autores de los crímenes más graves (Holmes, 1999).

Centrados en el test de falta de disposición e incapacidad, se debe decir que parte de la discusión en torno al asunto radica en si su entendimiento debe ser de índole objetiva, subjetiva o sincrética (Ambos, 2010). A este propósito, y con el fin de dotar a dicho test de mayor precisión y objetividad, los redactores incluyeron el término “genuinamente” (Ambos, 2010), el cual no aparece en la versión castellana del Estatuto. No obstante, en su lugar se consignó la expresión “realmente”, pero referida sólo a la “falta de capacidad” y no a la falta de disposición, que en el contexto del Artículo 17 debe interpretarse no sólo en relación con la “falta de disposición”, sino también respecto de la “incapacidad”, como lo sostiene la doctrina (Agirre, *et. al.*, 1999).

Dicha expresión instituye el estándar mínimo que los Estados deben cumplir al llevar a cabo un procesamiento (Jensen, 2006 y Agirre, *et. al.*, 1999). Por ello, la cuestión central radica en determinar si los procedimientos nacionales correspondientes son tan inadecuados que no pueden ser considerados “genuinos”. Este estándar, como se ha expresado, “should reflect appropriate deference to national systems as well as the fact that the ICC is not an international court of appeal, nor is it a human rights body designed to monitor all imperfections of legal systems”. (Agirre, *et. al.*, 1999, p. 16).

La falta de disposición para investigar o enjuiciar

Sin duda alguna, la verificación de la falta de disposición se aplica a los procedimientos que ya han comenzado (Public document Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, párrafo 77). En torno a esta cuestión, debe recordarse que el numeral segundo del Artículo 17 del Estatuto prevé tres hipótesis taxativas (Ambos, 1999, 2008, 2010 y Olásolo, 2003) en virtud de las cuales se busca precisar si se configura o no la falta de disposición. Desde luego, la constatación de este fenómeno no sólo es técnicamente más difícil que la de la falta de capacidad (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003), sino que además envuelve aspectos políticamente sensibles (Agirre, *et. al.*, 1999). Esto último debido a que, en el momento de determinarla, el criterio de la buena fe —que es el núcleo a la hora de elaborar este test (Ambos, 2008, 2010)— demanda mayor atención (Cárdenas, 2006 y Quesada, 2005) y obliga a la Corte a examinar si los Estados han emprendido actuaciones judiciales de buena fe respecto de los crímenes nucleares (Ryngaert, 2008). Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que no basta con la comprobación de una de ellas, pues, como dice el Estatuto, la Corte las “examinará” para acreditar la falta de voluntad (Ambos, 2010). A continuación se hablará de cada una de ellas.

En primer lugar, según el Estatuto de Roma, se tienen aquellos casos en los que un Estado inicia las actuaciones con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte. En esta materia, el propósito —que algunos consideran debe ser manifiesto (Cárdenas, 2006) — revela un cariz claramente subjetivo que evidencia, de un lado, la finalidad específica en la actividad del Estado (Olásolo, 2003) y, del otro, la mala fe del mismo (Ambos, 2008, 2010) que por supuesto constituye una acusación bastante seria (Solera, 2002).

En segundo lugar, para compensar esta carga subjetiva, se añadieron dos criterios más —los cuales Carnero (2005) califica de ambiguos y oscuros— con la finalidad de hacer más objetivo no sólo el contenido (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003), sino también la interpretación del test de falta de disposición (Ambos, 2010). De esta manera, la segunda causal alude a actuaciones en las que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

En este escenario, la pregunta es: ¿cómo demostrar la tardanza cuando ésta —extendida y notoria— es y ha sido un mal endémico de la justicia? (García, 2004). Al respecto, se ha dicho lo siguiente: “se puede recurrir a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración (comparativa) de los procesos penales en el Estado respectivo” (Ambos, 2010, pp. 185 y 186). Esto, por supuesto, en comparación con los retrasos normales que el sistema nacional demanda para casos de complejidad similar (Agirre, *et. al.*, 1999).

Desde luego, no se trata de una tardanza sin más porque la relevancia se adquiere desde dos perspectivas distintas, pero acumulativas: de un lado, en que sea injustificada como cuando, por ejemplo, pudo haber sido evitada a través del empleo de un cuidado adecuado; del otro, en la medida en que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona (Ambos, 2010).

La “demora injustificada” es diferente de la “demora indebida”, pues esta última da al Estado la posibilidad de presentar las justificaciones del retraso y así evitar el juicio de falta de voluntad. De hecho, los redactores quisieron hacerlo así y por ello prefirieron utilizar la palabra “injustificada” en lugar de la expresión “indebida” (Holmes, 1999).

Con todo, hay quienes entienden que una demora injustificada en las respectivas actuaciones puede ser considerada como un supuesto de inacción *a posteriori*, “que se producen cuando en las actuaciones nacionales se interrumpen por razones distintas de aquellas de carácter técnico, previstas en las leyes penales nacionales” (Olásolo, 2009, p. 82; lo que, se sostiene, “ha dejado sin contenido” la disposición del art. 17.2, literal (b) (Olásolo, 2003, p. 217).

Por último, cuando el proceso no se sustancie de manera imparcial o independiente. Una primera aproximación al tema, señala que los procedimientos son imparciales en la medida en que el juez sea independiente de las partes. En otras palabras: debe ser libre subjetivamente de prejuicios personales e imparcial desde un punto de vista objetivo (Benzing, 2003). A su turno, son independientes cuando la entidad encargada de la decisión no está sujeta a una influencia indebida (Cárdenas, 2006), hecho que puede ser descifrado, entre otros, de acuerdo con la forma en que cita a sus miembros, la existencia de garantías y, por supuesto, la apariencia de independencia (Benzing, 2003).

A su turno, la oficina del Fiscal de la CPI, sostiene en cuanto a estos dos conceptos que:

Independence in the proceedings at hand may be assessed in light of such indicators as, *inter alia*, the alleged involvement of the apparatus of the State, including those responsible for law and order, in the commission of the alleged crimes; the extent to which appointment and dismissal of investigators, prosecutors and judges affect due process in the case; the application of a regime of immunity and jurisdictional privileges for alleged perpetrators; political interference in the investigation, prosecution and trial; and corruption of investigators, prosecutors and judges.

Impartiality in the proceedings at hand may be assessed in light of such indicators as, *inter alia*, linkages between the suspected perpetrators and competent authorities responsible for investigation, prosecution and/or adjudication of the crimes; public statements, awards, sanctions, promotions or demotions, deployments, dismissals or reprisals in relation to investigative, prosecutorial or judicial personnel concerned. (Police Paper on Preliminary Examinations, párrafo 64).

En la misma perspectiva, y con el fin de dotar de mayor precisión al contenido de los mismos, pueden definirse a partir de los criterios acuñados por la jurisprudencia europea de derechos humanos (Ambos, 2010). En esa línea de reflexión, es menester tener en cuenta —entre otros— el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra personas externas y, por supuesto, si el organismo presenta una apariencia de independencia o no. Incluso, hay quienes proponen concretar estos aspectos a través de la incorporación, en las Reglas de Procedimiento y Prueba, de los criterios que en esta materia han elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos (Olásolo, 2003).

En resumen, la noción de falta de voluntad puede llevar a la Corte Penal Internacional a que sea considerada la más “adecuada” para investigar y enjuiciar los crímenes internacionales (Gioia, 2006).

La incapacidad de los sistemas judiciales domésticos

Para precisar este criterio se suele acudir en el Estatuto a un trípole fáctico-normativo. De un lado, la existencia de un colapso total de la administración de justicia; del otro, un colapso sustancial de la administración de justicia y, finalmente, cuando se carece de ésta (Ambos, 2008, 2010 y Olásolo, 2003).

Por supuesto, efectuar este test puede ser menos complejo que el anterior, en la medida en que no sólo “es más objetivo y fáctico” (Ambos, 2010, p. 197), sino que además no hay necesidad de deducir o descifrar los motivos ocultos que se escudan tras la falta de disposición (Agirre, *et. al.*, 1999). A continuación son descritas dichas hipótesis.

En primer lugar, el *colapso total*. En este ámbito, se presentan deficiencias de tipo irremediable por lo que, en su conjunto, el sistema no funciona más (Ambos, 2009 y Cárdenas, 2006). Se trata, pues, de “una ruptura completa de la administración nacional de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia” (Pichon, p.196).

La hipótesis de un colapso total o sustancial de la administración estatal de justicia podría visualizarse, por ejemplo, cuando los aliados ocuparon Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial, lo cual hacía inviable que el impulso a un procesamiento de los crímenes internacionales se apoyara en la estructura superviviente de ese país (Gramajo, 2003). Es difícil ver cómo un Estado fallido, ya sea en forma total o sustancial, podría reclamar que se cumpla su deber de investigar y enjuiciar los crímenes más atroces (Gioia, 2006).

A la inversa, si el colapso es meramente temporal o sus efectos sólo alcanzan a una parte del territorio del Estado; los requisitos para esta excepción no se cumplen (Cárdenas, 2006). En tal situación, la discusión se plantearía, quizás, en el terreno del colapso sustancial.

En segundo lugar, el *colapso sustancial*. Si bien en algún momento de los debates habidos en Roma se le denominó *colapso parcial* (Quesada, 2005) — incluso, el Artículo 15.3 del proyecto del Estatuto así lo estableció (Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998) —, dicha propuesta cedió y, a la postre, se calificó de sustancial con la pretensión de incrementar el umbral de admisibilidad y, a la vez, revalidar la preeminencia de las jurisdicciones nacionales (Ambos, 2010).

Por supuesto, ha de tratarse de un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia, de suerte que éste sea incapaz de adelantar los procesamientos. Al respecto, se discuten los casos en los que el colapso está limitado geográficamente; esto es, eventos en los cuales el control del Estado no abarca parte del territorio. En este punto, la respuesta dependerá de la situación en concreto, toda vez que si el Estado cuenta con la posibilidad de adelantar los procesos en otro lugar, difícilmente se satisfaría el exigido umbral (Ambos, 2010).

En tercer lugar, debe aludirse a la *carencia o indisponibilidad*. Si se parte del texto del Estatuto en español, todo indica —según algunas elaboraciones— que se ha asumido una visión muy estricta del asunto. En efecto, si se acude a la expresión “carece de ella” consignada en el Artículo 17.3, es evidente que un sistema no está disponible cuando éste no existe (Cárdenas, 2006). En este contexto, si se trata de la inexistencia de una verdadera administración de justicia, se está en frente de un caso de “inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales” (Olásolo, 2003, pp. 226 y 227).

Sin embargo, el asunto va más allá de lo planteado porque la expresión “no disponibilidad” ha sido entendida con base en otras pautas hermenéuticas.

En efecto, una interpretación literal amplia postula tres aspectos por tener en cuenta: la inexistencia, la no accesibilidad y la inutilidad de un recurso (Ambos, 2010). A este respecto, la doctrina (Agirre, *et. al.*, 1999) sugiere que el término “disponibilidad” debe ser dotado de una interpretación amplia. En esta línea de razonamiento, también se plantea como canal de interpretación acudir a la jurisprudencia emanada de los tribunales en materia de Derechos Humanos, referente al derecho a la tutela judicial efectiva (Quesada, 2005). De esta forma, se dice que las amnistías —por ejemplo— pueden considerarse no sólo como un problema de falta de voluntad, sino como incapacidad en el contexto de la falta de recurso judicial (Ambos, 2009). Con todo, hay que señalar que debe tratarse del cumplimiento de estándares internacionales mínimos (Ambos, 2009), máxime si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, la Corte Penal Internacional no es un tribunal de Derechos Humanos (Agirre, *et. al.*, 1999).

De otro lado, se plantea una interpretación en cuya virtud se afirma que: “La calificación debe ser efectuada en base a factores objetivos (cuantitativos) los cuales pueden ser fácilmente verificados desde una óptica externa al sistema, por ejemplo, información empírica que indique que no existen recursos efectivos para contrarrestar violaciones a los derechos humanos” (Ambos, 2010, p. 201).

Aunado a ello, la concreción de dicho colapso total o sustancial, o de la carencia o indisponibilidad de la administración de justicia doméstica está vinculada, a su turno, con tres supuestos delineados por el propio Estatuto, de la siguiente forma: en primer lugar, el sistema judicial nacional no puede hacer comparecer al acusado; en segundo lugar, éste no dispone de las pruebas y testimonios necesarios para enjuiciar y, en tercer lugar, no está por “otras razones” en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En cuanto a esta fórmula, se dice que su carácter es netamente excepcional, previsto para casos en los que no hay un gobierno central; se trata, pues, de situaciones de guerra civil (Ntanda, 1999) o de desastres naturales que pueden llevar a un colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado (Olásolo, 2003).

Ahora bien, de la triada normativa aludida, bien vale la pena traer a colación el entendimiento que ha efectuado el Foro Constitucional colombiano de la expresión “otras razones”. A tal efecto, dice la Corte, se debe acudir a hechos que demuestren la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo un juicio (Sentencia C-578 de 2002).

También vale la pena resaltar la necesidad de implementar una normatividad adecuada para perseguir los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, toda vez que la capacidad requiere una normatividad adecuada para perseguir los crímenes nucleares (Ambos, 2005).

Por ello, el principio de complementariedad obliga a los estados que han ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a adecuar su legislación a los estándares que prevé el mismo en cuanto a los crímenes de su competencia (Ambos, 2008b).

A tal efecto, pueden emplearse diversos mecanismos: por medio de la adopción literal de los artículos 5 y siguientes del Estatuto de Roma; a través de la inserción de un nuevo título en la parte especial del Código Penal; o, con una ley especial, al estilo alemán (AMBOS, 2008b).

Sea como fuere, la ausencia de implementación —a pesar de que el Estatuto no prevé una obligación específica al respecto (Ambos, 2005)— puede demostrar la falta de capacidad en la medida en que el sistema judicial doméstico no cuenta con las herramientas para perseguir los crímenes nucleares.

Finalmente, de cara al test de incapacidad, es factible que un Estado esté dispuesto a investigar o enjuiciar, pero en realidad no pueda hacerlo (Cárdenas, 2006), como cuando —por ejemplo— ha sido devastado por los conflictos y frente a un colapso de su sistema podría estar dispuesto a realizar el procedimiento (Agirre, *et. al.*, 1999).

Criterios para su determinación

En relación con los elementos que se han de tener en cuenta a la hora de efectuar este test, la doctrina (Ambos, 2010 y Agirre, *et. al.*, 1999) ha señalado

que los indicios juegan un papel importante a la hora de considerar si existe prueba de la intención o propósito de proteger a las personas en cuestión de responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte (Police Paper on Preliminary Examinations, párrafo 12). A tal efecto, Ambos (2010), de cara a demostrar la falta de disposición, plantea los siguientes criterios: evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado; la remisión del caso a un tribunal secreto o especial, o la asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores.

Así mismo, otro grupo de estudiosos muy destacado propone los siguientes criterios (Agirre, *et. al.*, 1999): los patrones de interferencia política en la investigación y el enjuiciamiento; las deficiencias institucionales generales de subordinación política de investigación, la acusación o del Poder Judicial; las irregularidades en el procedimiento que indiquen una falta de voluntad para realmente investigar o juzgar, o una combinación de estos factores. Estos expositores, al aludir al criterio de la falta de capacidad, postulan entre otros los siguientes derroteros: la falta de personal necesario como jueces, investigadores y fiscales; la carencia de infraestructura judicial; la falta de legislación sustantiva o procesal y las amnistías (Agirre, *et. al.*, 1999).

En este escenario, resulta paradigmática la cuestión en torno a las amnistías, cuya discusión en el marco del principio de complementariedad se entrevé en tres escenarios: si se trata de una amnistía absoluta no hay duda de que el lugar natural de dialéctica será en los supuestos de inacción del Estado; en los eventos de amnistías condicionadas, el asunto se puede abordar —sin que ello signifique que así sea— como un problema de falta de voluntad o como de incapacidad, este último en el contexto de la falta de recurso judicial.

Con todo, si bien este instituto puede demostrar bajo ciertas circunstancias mala fe, también es cierto que dicha conclusión no es del todo inobjetable en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, un Estado —actuando de buena fe y con el fin de alcanzar la paz— otorga dicha prerrogativa (Ambos, 2010), en el entendido de que se trate de una amnistía condicionada. Paradigmática resulta la amnistía responsable de Sudáfrica (Ambos, 2009); desde luego, como se ha dicho, puede ser una “tesis muy impopular” (Malarino, 2009).

La carga de la prueba

El Estatuto de Roma, dice la doctrina (Agirre, *et. al.*, 1999), no prevé expresamente a quién asignar la carga de la prueba para determinar la

admisibilidad, por lo que este asunto debe ser desarrollado en la práctica y la jurisprudencia de la Corte. En este punto, como dice el aforismo *onus probandi incumbit actori*, en principio la carga de la prueba recae en este evento sobre el Fiscal, es decir, él debe probar la falta de disposición o la incapacidad del respectivo Estado.

Sin embargo, también se ha dicho que la Corte depende de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de la información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional (Regla 51, 55 (2) RPP); así las cosas, es de recibo afirmar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde es un aspecto que está establecido en el interés superior del Estado y que, por lo tanto, la carga recae sobre el mismo (Ambos, 2010, p. 180).

Finalmente, teniendo en cuenta las posibles consecuencias políticas de evaluar los sistemas judiciales internos, para algunos parece claro que el enfoque que se impondrá será aquél en cuya virtud la Corte sólo va a constatar la falta de disposición de un Estado, en los supuestos en que se sienta apoyada por la comunidad internacional (Quesada, 2005). Al respecto, el debate está abierto.

El estándar probatorio

En relación con este punto se delinearán, *grosso modo*, tres umbrales probatorios que se aplican en atención a la fase del procedimiento de que se trate. Desde luego, los mismos difieren entre sí en la medida en que se ocupan de estadios procesales diferentes, así: en primer lugar, se encuentra el estándar “motivo razonable para creer” que se exige tanto para la apertura de un investigación *motu proprio*, como para proferir una orden de arresto u orden de comparecencia según lo dispone el Artículo 58 del Estatuto de Roma; en segundo lugar, aparece el atingente a la audiencia de confirmación de cargos: “pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa” al tenor del numeral 7 del Artículo 61 del Estatuto; finalmente, emerge el umbral más alto referido al estándar para proferir sentencia condenatoria, según el cual la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado “más allá de toda duda razonable” tal y como lo afirma el numeral 3 del Artículo 66 del Estatuto de Roma.

Ahora bien, en la medida en que este trabajo dirige su atención a la posible intervención de la Corte Penal Internacional por iniciativa del Fiscal, es menester hacer alusión al primer umbral probatorio, que alude a aquellos supuestos en los que el Fiscal solicita autorización para la apertura de una investigación que, como se sabe —a diferencia de la activación por solicitud

de un estado parte o por vía de la remisión por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— requiere autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para proceder a iniciar la misma.

A este propósito se deben traer a colación los numerales 3 y 4 del Artículo 15 del Estatuto, los cuales emplean la expresión “fundamento suficiente” como estándar probatorio para proceder a la apertura de una investigación. No obstante, esa locución fue producto de una “inadecuada traducción del término “*reasonable basis*” por “*fundamento suficiente*” en la versión en español del Artículo 15(3) y (4) ER que podía haber dado lugar a una tremenda confusión sobre el contenido del estándar previsto en dicha disposición” (Olásolo, 2003 p. 436). Dicho yerro, sin embargo, se enmendó a través de la Regla 48 que vinculó el mencionado Artículo 15 con el Artículo 53(1) del ER. En consecuencia, se debe entender que a efectos de la apertura de una investigación *motu proprio* el estándar demandado es el de “base razonable para creer”.

Sobre este umbral, la Sala de Cuestiones Preliminares II sostiene que es el más bajo que prevé el Estatuto de Roma (Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, (ICC-01/09-19-Corr). 31 de marzo de 2010, párrafo 27), algo que es apenas comprensible en la medida en que se trata de la autorización para la apertura de una investigación.

CAPÍTULO TERCERO

Dos estadios en particular: situación (casos potenciales) - caso stricto sensu

En relación con estos referentes, es menester realzar que el primero —la situación— alude a contextos excepcionales que rompen con el devenir normal de los acontecimientos y convocan las actuaciones que se llevan a cabo en el proceso de activación y de investigación por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (Olásolo, 2009, 2009); el segundo —el caso— se asienta en hechos concretos que son objeto de debate una vez emitida una orden de arresto o una citación por comparecer por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, en el ámbito del proceso es más clara la distinción entre dichos escenarios. En efecto, de acuerdo con Ambos (2010), el desarrollo procesal está determinado por los siguientes pasos: en primer lugar, la Oficina del Fiscal recibe la *notitia criminis*; en segundo lugar, comienza la preinvestigación; en tercer lugar, identifica una situación; en cuarto lugar, corrobora los criterios consagrados en los Artículos 53 (1), 15 (3) del Estatuto y la regla 48 en relación con la situación en su conjunto; en quinto lugar, comienza o solicita autorización para el inicio de una investigación formal, lo cual depende de si el Fiscal actúa por vía de la remisión o lo hace *motu proprio*; en sexto lugar, investiga de manera global e identifica a los sospechosos; después, solicita a la Sala de Cuestiones Preliminares la emisión de una orden de arresto o una citación para comparecer; por último, la Sala de Cuestiones Preliminares expide la orden de arresto o la citación para comparecer, momento a partir del cual emerge el caso.

No obstante lo anterior, es menester traer a colación el enfoque que plantea la Sala de Cuestiones Preliminares II, precisamente de cara a la autorización de la apertura de una investigación que solicita el Fiscal de la Corte.

A este respecto, el Artículo 53 del Estatuto de Roma establece los elementos que tendrá en cuenta el Fiscal para el inicio de una investigación; a tal efecto, deberá analizar, si la causa —en inglés se emplea el término “case”— es o sería admisible según el Artículo 17 del mismo plexo jurídico, entre otros.

En este aspecto emerge el punto de vista de la Sala de Cuestiones Preliminares II. Ciertamente, si bien el mencionado Artículo 53 (1) (b) se refiere a una “causa” o “case”, es claro que en esta fase no hay un presunto autor debidamente identificado, por lo que dicha locución ha de ser interpretada en el contexto en el cual se aplica. En este sentido, ha dicho la Sala de Cuestiones Preliminares II que la evaluación de admisibilidad en esta fase —autorización para la apertura de una investigación— hace alusión a la admisibilidad de uno o más posibles casos en el contexto de una situación, en la medida en que dicho análisis de admisibilidad no se puede hacer en abstracto. Dicho de otra forma, no es posible establecer si un caso es o sería admisible sin conocer preliminarmente los grupos de personas o incidentes que, a futuro, darán lugar a los casos *stricto sensu* (Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation in to the Situation in the Republic of Kenya, (ICC-01/09-19-Corr) 31 de marzo de 2010, párrafo 48 – 51).

En esta perspectiva, es necesario identificar los casos potenciales para así adelantar el estudio de admisibilidad; a tal efecto, son dos los criterios para tal cometido: en primer término, los grupos de personas involucradas que pueden ser objeto de una investigación; en segundo término, los delitos de competencia de la Corte presuntamente cometidos durante los incidentes acaecidos (Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation in to the Situation in the Republic of Kenya, (ICC-01/09-19-Corr) 31 de marzo de 2010, párrafo 51).

Situaciones monitoreadas por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Como se sabe, se han hecho públicas seis hipótesis que son analizadas de forma preliminar por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Georgia, Palestina y Guinea (Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/2010, p. 17).

En cuanto a Colombia, se destaca que la Fiscalía de la CPI está verificando y analizando información sobre investigaciones centradas en los dirigentes de los grupos paramilitares —según lo dicho “casos potenciales”— que son presuntamente responsables de conductas que puedan entrar en el marco

de competencia de la CPI (Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/2010, p. 17).

Ahora bien, en cuanto a la elección de cuáles situaciones va a investigar la Fiscalía, se entrevistó un proceso de tres niveles para el análisis de información sobre posibles crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. La primera fase es un examen tendente a identificar las comunicaciones que manifiestamente no sirven de fundamento para iniciar la activación del proceso. Al respecto, la doctrina plantea como ejemplo la respuesta del Fiscal a la información sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela. En dicha contestación, con base en las comunicaciones recibidas y en la revisión de fuentes externas, se concluyó que no fueron suficientes para comprobar la existencia de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, acorde con la definición del crimen de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma CPI (Sacouto y Clearly, 2009).

En lo que respecta a la segunda fase del análisis de la Fiscalía, se tiene que el mismo se caracteriza por la gravedad jurídica de los delitos de competencia de la CPI. Esto con el fin de determinar si las situaciones son de gravedad suficiente para justificar la intervención de la CPI (Sacouto y Clearly 2009). En este escenario, la decisión del Fiscal de la CPI de no investigar los crímenes presuntamente cometidos en Irak resulta paradigmática; en efecto, según la Fiscalía, una evaluación inicial de la información presentada en relación con los crímenes ocurridos en Irak determinó que existía base razonable para creer que crímenes de la competencia de la Corte se habían cometido. De esta forma, dicha situación satisfizo el mencionado primer nivel. No obstante, el fiscal concluyó que la situación en Irak no cumple el requisito necesario de “gravedad” propio del segundo nivel de análisis.

En tercer lugar, y una vez superados la competencia *ratione materiae* y el umbral de gravedad, se adelanta el análisis en relación con el Artículo 53 (2) (c) del Estatuto de Roma, a cuyo efecto el Fiscal puede abstenerse de iniciar la investigación si encuentra que (e)l enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen” (Sacouto y Clearly, 2009).

Estrategia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. 2009-2012

De conformidad con el documento en que el Fiscal plasmó la estrategia por seguir en los próximos años (Prosecutorial Strategy 2009 – 2012), se pueden

resaltar cinco objetivos delineados con claridad: el primero, mejorar de forma continua la calidad de los juicios; el segundo, avanzar con las investigaciones en curso; el tercero, realizar un máximo de diez exámenes preliminares, a cuyo efecto se parte de aquellas que adelanta en la actualidad; el cuarto, aumentar la cooperación con los Estados y los actores pertinentes, en particular para la ejecución de órdenes de detención emitidas por la Corte; el quinto, maximizar la contribución de la Oficina del Fiscal en la lucha contra la impunidad.

Al respecto, es pertinente acentuar el tercer objetivo relativo a las investigaciones preliminares, dentro de las cuales la situación de Colombia merece especial atención.

En ese sentido, el informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas, correspondiente a 2008/2009, afirma que:

La Fiscalía siguió examinando los presuntos crímenes de la competencia de la Corte cometidos en Colombia. Analizó información sobre las investigaciones y procedimientos en curso en ese país contra líderes paramilitares, políticos, líderes de guerrilla y personal militar presuntamente responsables de crímenes que podían ser de la competencia de la Corte.

La situación en Colombia y los desafíos que plantea el test de complementariedad

Un asunto de sensata inquietud para todos los tribunales internacionales es la apariencia de imparcialidad. Por supuesto, dicha característica es vital para la legitimidad de la Corte Penal Internacional, por ello la decisión de enjuiciar o no ciertos crímenes puede certificar o desvirtuar la apariencia de imparcialidad (Gaeta, 2007).

De esta manera, es claro que los redactores del Estatuto de Roma diseñaron unos criterios para que dicha tarea resulte más asequible, y es así como el test de complementariedad enseña, en gran medida, el itinerario a la hora de irrumpir en estos terrenos.

The analysis of national proceedings represents the main focus of the Office's ongoing preliminary examination of the Situation in Colombia. Upon taking Office, the Prosecutor conducted a review of information on crimes collected under article 15. The Office identified the situations in the DRC, Uganda and Colombia as containing the gravest occurrence of crimes within its treaty jurisdiction. Preliminary examination indicated an absence of national proceedings in the DRC and Uganda, while national proceedings had been initiated in Colombia. The Office is currently

analysing the genuineness and focus of such domestic investigations and prosecutions in Colombia, including proceedings against paramilitary leaders, politicians, guerrilla leaders and military personnel. The Office is also analysing allegations of international networks working in Europe and supporting armed groups committing crimes in Colombia (Police Paper on Preliminary Examinations, párrafo 57).

Tal y como lo refiere la Fiscalía de la CPI, el estudio de la situación de Colombia no se enfoca en la ausencia de procedimientos nacionales —por lo menos en lo que respecta a la Ley de Justicia y Paz—, sino que más bien apunta al análisis y enfoque de las investigaciones y procesos judiciales iniciados en cuanto a que estos sean genuinos, lo que hace entrever la diferencia con otras situaciones que actualmente conoce la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, la pretensión de este análisis es subrayar asuntos problemáticos del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz en frente del principio de complementariedad y, como consecuencia de ello, vislumbrar los principales retos a la hora de adelantar el correspondiente test. A continuación es analizado cada uno de ellos.

Primer desafío: la gravedad suficiente

En este punto parece haber acuerdo por parte de la doctrina (Ambos, 2010), la jurisprudencia y la Fiscalía de la CPI en cuanto a la satisfacción de este estándar. Recuérdese que ésta última entiende que las situaciones en la República Democrática del Congo, Uganda y Colombia contienen los más graves casos de crímenes de competencia de la Corte (Police Paper on Preliminary Examinations, párrafo 57).

Se trata de asesinatos, torturas, masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, violaciones y, en resumen, las múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos confesadas por los desmovilizados de los grupos armados que han sido escuchados en versión libre en el trámite del procedimiento señalado en la Ley 975 de 2005 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad., 32022).

De esta forma, no es aventurado considerar, desde la perspectiva de un observador imparcial, que los hechos objeto de estudio en el marco de la Ley de Justicia y Paz satisfarían, de forma hipotética, el umbral de gravedad jurídica —no discrecional— que exige el artículo 17 literal (d) del Estatuto de Roma en cuanto a la situación.

Segundo desafío: el escenario de la complementariedad stricto sensu

Como se dijo, este test comprende el análisis de tres estadios nítidamente diferenciados: admisibilidad por inacción del Estado; inadmisibilidad por acción del Estado, y admisibilidad por falta de disposición o por falta de capacidad de éste.

Admisibilidad por inacción o inactividad total del Estado

En este primer nivel es menester afirmar que el marco normativo de la Ley de Justicia y Paz —corregido y avalado por la Corte Constitucional— descarta la posibilidad de plantear, *prima facie*, la inactividad total del Estado.

Tal y como lo expone Ambos, en este estadio también “debe discutirse si existen medidas normativas (procesales) que impidan el inicio de investigaciones o propicien una irregular terminación del proceso (formal o material)” (2009, p. 173).

En este punto se debe traer a colación la situación de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se desmovilizaron, pero que no fueron postulados al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz. Como se sabe, para este grupo de personas se promulgó la Ley 1312 de 2009 alusiva al principio de oportunidad, que diseñó la ruta, en el numeral 17, para que la Fiscalía pudiera renunciar a la acción penal en relación con los hechos cometidos por los desmovilizados no postulados al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005. No obstante, dicho numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-936 de 2010, lo que implica la adopción de nuevas herramientas legales.

Frente a este panorama, emerge un aspecto problemático de cara a la solución jurídica para los miles de desmovilizados no postulados. La razón está en que el Foro de Cierre en materia penal entiende que el delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo —que sería el delito a imputar por la pertenencia al grupo— es un crimen de lesa humanidad. Dicha colegiatura entiende que se deben reunir los siguientes presupuestos: primero, que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; segundo, que sus integrantes sean voluntarios; tercero, que la mayoría de los miembros de la organización tenga conocimiento o sea consciente de la naturaleza criminal de la actividad de la organización (Corte Suprema de Justicia, auto de segunda instancia de diez abril 2008, Rad. 29472, y Sentencia con Rad. 32672 de tres diciembre 2009).

En esta línea de argumentación, el *quid* de la discusión está en que, como se sabe, la pertenencia a la organización criminal —concierto para delinquir agravado— es el delito base sobre el que girará la solución jurídica para los desmovilizados no postulados.

Así pues, se presenta un interrogante que es bueno revelar. ¿La figura del concierto para delinquir con fines de paramilitarismo —como crimen de lesa humanidad en los términos de la Corte Suprema de Justicia— se estructura cuando el concierto es para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley?

Una primera aproximación a la citada jurisprudencia parece ofrecer una respuesta positiva. En efecto, en la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal en contra del ex Gobernador de Sucre, Salvador Arana, éste resultó condenado, entre otros delitos, como “coautor de concierto para promover grupos armados al margen de la ley”. Al respecto, vale la pena recordar, a título de breve digresión, que el tipo penal del concierto para delinquir es un evento que no constituye concurso de personas en el delito (Velázquez, 2009) y que por lo mismo es más que inapropiado hablar de coautoría en relación con un tipo penal plurisubjetivo.

De nuevo en la discusión, dicho proveído plantea la tesis según la cual “el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo se tiene como delito de lesa humanidad” (Sentencia 32672 de tres diciembre 2009); además, condena por el delito de concierto para delinquir en la modalidad de promover grupos armados al margen de la ley. Lo dicho sugiere que la figura de concierto para delinquir agravado —por organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley— se entiende como concierto para delinquir con fines de paramilitarismo y, por lo mismo, como delito de lesa humanidad.

Con esta tesis, el problema está en que al “calificar” el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como crimen contra la humanidad —con las controversias que dicha postura suscita, máxime si tenemos en cuenta, al compás de la doctrina, que “la conspiración (“conspiracy”) que equivaldría concierto para delinquir agravado por concertar delitos graves” no ha sido incorporado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como tampoco en los tribunales de Ruanda y Yugoslavia (Ambos, 2010, p. 132)— genera, amén de un embate jurídico, toda una discusión a la hora de buscar una alternativa legal a los miles de desmovilizados no postulados, toda vez que a la sazón del criterio jurisprudencial dicho concierto es un crimen contra la humanidad.

De otro lado, hay que tener en cuenta la posible participación de estos miembros en los delitos confesados en el marco de la Ley de Justicia y Paz. ¿Cómo individualizar la responsabilidad de cientos de desmovilizados no postulados en relación con miles de delitos confesados por los miembros postulados más importantes? En términos pragmáticos, es algo que no sólo demanda ingentes esfuerzos y recursos, sino también muchos años de investigación.

Aunado a ello, hay que decir que, de cara al test de admisibilidad, esta situación puede aparejar dos escenarios: en primer lugar, de acuerdo con la política de la fiscalía de la Corte Penal Internacional, sólo los mayores responsables serán el foco de atención del Tribunal Internacional. En este sentido, a la hora de definir los casos potenciales estas personas no harían parte de los grupos de presuntos responsables por investigar, toda vez que los más responsables, presuntamente, hacen parte del grupo de desmovilizados postulados a la ley de justicia y paz. En consecuencia, los desmovilizados llamados “rasos” no serían de la mayor relevancia en el mencionado test. En segundo lugar, y si se llega a demostrar que en el grupo de desmovilizados no postulados se encuentran algunos de los más responsables, el escenario podría cambiar en la medida en que, en relación con ellos, sí habrían casos potenciales relevantes a la hora de adelantar el test de admisibilidad.

Para finalizar lo que respecta a este apartado, es pertinente esbozar una hipótesis —en el ámbito de los eventos de inacción— referente a la aplicación de la pena alternativa que, según se ha dicho,

podría tener un impacto en el análisis de admisibilidad si se demuestra que las actuaciones nacionales realizadas en aplicación de la Ley de Justicia y Paz concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 20 (3) ER —es decir que las mismas han sido dirigidas a “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte”; o no han sido sustanciadas de manera independiente o imparcial ni son compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (Olásolo, 2009, p. 117).

Este contexto dirige la discusión al terreno de la cosa juzgada y la excepción que al respecto plantea el Estatuto de Roma y, más concretamente, al test de falta de disposición. Así las cosas, a pesar de existir una sentencia condenatoria en la cual se impone la pena alternativa, la Corte Penal Internacional podría adelantar las respectivas actuaciones si se demuestra que dicho procedimiento —Justicia y Paz y con él la pena alternativa— obedeció al propósito de

sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte, o no fue instruido en forma independiente e imparcial, o resultó incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Se trata, desde luego, de una posibilidad subordinada a un estándar probatorio bastante difícil de evidenciar, tal y como lo sostiene el mencionado expositor.

Admisibilidad por falta de disposición y de capacidad

Al respecto, se ha dicho que la Corte Penal Internacional va a intervenir, a pesar de las actuaciones nacionales, sólo en casos claros de falta de voluntad o incapacidad de enjuiciar realmente. “The standard for assessing “genuineness” should reflect appropriate deference to national systems as well as the fact that the ICC is not an international court of appeal, nor is it a human rights body designed to monitor all imperfections of legal systems” (Agirre, 1999, p. 16).

Este preludio pone de presente que al valorar esta cuestión —la falta de disposición y de capacidad— la teleología de la misma debe conducir a un análisis riguroso, de suerte que el estándar no sólo sea exigente, sino que además se realice a partir de la realidad y particularidad de cada país, toda vez que pretender encontrar sistemas judiciales perfectos y del todo elaborados resulta inalcanzable, máxime en países de este margen planetario.

Así mismo, no se debe perder de vista la finalidad de la Corte Penal Internacional, de suerte que, como es apenas natural, sus actuaciones no pueden estar direccionadas a suplir todas las deficiencias que los sistemas judiciales domésticos presenten. De ahí que el éxito de ella será mayor en cuanto menor sea el número de situaciones y de casos que finalmente arriben a su conocimiento.

En esa línea de razonamiento, bien vale la pena traer a colación un hecho paradigmático en desarrollo de la Ley de Justicia y Paz: la extradición de jefes paramilitares.

Al respecto se ha dicho que ello “[...] demuestra —y es grave frente a la Corte Penal Internacional— que Colombia, por lo menos con este gobierno, no es capaz de juzgar a estos grandes criminales en el propio país” (Aponte, 2009, p. 257).

Esta afirmación adquiere especial relevancia en este estadio por dos razones: la primera, porque se trata de importantes jefes paramilitares que hacían parte

de la cúpula de la organización criminal, recuérdese lo dicho frente a “casos potenciales”; la segunda, porque tiró por la borda las herramientas que la Ley de Justicia y Paz prevé en aquellos casos en los cuales el desmovilizado postulado realiza conductas punibles con posterioridad a su desmovilización.

Así pues, es claro que si no se tratara de importantes miembros del grupo armado al margen de la ley, sería más bien anecdótica y de poca monta la susodicha extradición, de cara al principio de complementariedad. Además, si el postulado incumplió los requisitos, pese a que el Gobierno Nacional lo incluyó en la lista enviada a la Fiscalía, es obligación del funcionario acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona a través del mecanismo de la exclusión.

Este mecanismo, como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal, no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente de cargo de la justicia ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Rad., 31539), en la que de ser hallado responsable puede ser condenado a penas de hasta 40 ó 60 años de prisión de acuerdo con los postulados del *tempus comissi delicti*.

En este escenario, el punto central está en demostrar que dicha extradición se adelantó “con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte”, algo que evidencia no sólo la finalidad específica en la actividad del Estado (Olásolo, 2003), sino la mala fe del mismo (Ambos, 2008, 2010). Este punto resulta mucho más problemático si se tiene en cuenta el carácter mixto de la misma toda vez en su concesión intervienen autoridades jurisdiccionales —Corte Suprema de Justicia— y gubernativas (Velásquez, 2010).

Implementación

Al respecto, vale la pena señalar que, con miras a adecuar la legislación de un país a las pautas que señala el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se estilan diversos mecanismos, bien sea por medio de la adopción literal de los Artículos 5 y siguientes del Estatuto de Roma, o a través de la inserción de un nuevo título en la Parte especial del Código Penal, o mediante una ley especial, esto es, un Código Penal Internacional al estilo alemán.

Al respecto, es pertinente referirse a la ausencia de una norma que agrupe de forma sistemática los llamados delitos contra la humanidad. A tal efecto, se pretende mostrar cómo se ha tratado ese importante asunto en cuatro estadios.

Primer estadio: la omisión legislativa

La Corte Constitucional en la sentencia C-867 de 1999 plantea que en esta materia se está en frente de un caso de omisión legislativa absoluta. No obstante, la ausencia de un cuerpo normativo en el que se gesten de manera coherente normas penales completas en estos ámbitos genera, como corolario, su definición a partir de la contingencia o de la conveniencia.

A este respecto, paradigmática resulta la calificación que como tal —crimen de lesa humanidad— recibieron los delitos de infanticidio y el abandono del recién nacido. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-013 de 1997 formuló ese criterio con fundamento en la “indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo”. En este aserto, fungieron como pautas para tal definición dos concretas: la indefensión extrema y la sangre fría.

De otra parte, la misma Corporación en sentencia T-683 de 1999, al referirse a la privación de la libertad de un ser humano —secuestro—, la calificó de atroz, como en efecto lo es, e igualmente —por tratarse de un hecho que lesiona no sólo al individuo o individuos que son puestos en esa situación de indefensión, sino a la sociedad en general— la calificó como un crimen de lesa humanidad. Aquí, el hilo conductor de la fundamentación fue la indefensión y la lesión que tal comportamiento inflige a la sociedad.

En esa misma línea de argumentación, ya se había pronunciado tiempo atrás el Tribunal Constitucional al considerar al delito de secuestro como uno de los atentados más graves que sitúa en estado de indefensión a la víctima, genera un efecto de inestabilidad social y quebranta una amplia gama de derechos fundamentales, razones que por demás ameritan que según dicho tribunal se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad (Sentencia C-069 de 1994).

Segundo estadio: la tipificación aislada

Este período se caracteriza por la plasmación en la ley de algunos delitos; por ejemplo, a través de la Ley 589 del 7 de julio de 2000 se plasmaron, entre otros, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado. Sin embargo, los mismos no pueden concebirse en sentido estricto como crímenes de lesa humanidad, por ausencia del elemento contextual (Ambos y Malarino).

Tercer estadio: la remisión al artículo 7º del Estatuto de Roma

En la medida en que ninguna de las opciones previas satisfaría el estándar de los crímenes de lesa humanidad, se ha optado por una alternativa asentada en el reenvío al Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz, de cara a las condiciones para acceder al beneficio de que trataba el Artículo 70 de la Ley 975 de 2005, el Foro Constitucional sostuvo, entre otras cosas, que:

Para el caso de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos atroces no definidos en el ordenamiento jurídico colombiano sino en instrumentos jurídicos internacionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en concreto, a su artículo 7º, así como a los “Elementos de los crímenes”, adoptado por la Asamblea de Estados Partes (Sentencia T-355 de 2007).

De otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostiene que “los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para fijar su contexto, en concreto, a su Artículo 7, concordándolo con las normas del Código Penal nacional que castigan tales comportamientos” (Sentencia No 32022, 21 de septiembre 2009).

De cara al Artículo 7 del Estatuto de Roma, vale la pena señalar que dicha remisión comporta transpolar aspectos esenciales que no están previstos en el Código Penal.

Cuarto estadio: más allá de la remisión al Artículo 7 del Estatuto de Roma

El Foro de Cierre en materia penal, va un poco más allá y entiende que el delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo es un crimen de lesa humanidad (Sentencia 32672 de tres de diciembre de 2009).

Al respecto, debe señalarse que, al compás de la doctrina, “la conspiración (“conspiracy”) que equivaldría al concierto para delinquir agravado por concertar delitos graves” es una figura que no ha sido incorporada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como tampoco en las normatividades pertinentes de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia (Ambos, 2010). Desde luego, en este punto la discusión es más álgida como quiera que se prevé, como crimen de lesa humanidad, un comportamiento que no recibe esa intitulación en el Estatuto de Roma y sólo un tribunal nacional hace tal calificación.

Si bien es cierto que los crímenes de lesa humanidad no están definidos, *stricto sensu*, en el Código Penal, también lo es que los diversos tipos penales previstos en la Parte Especial alcanzan a cobijar la gran mayoría de comportamientos revestidos de tal carácter por el derecho internacional penal y, por ende, no se crea un déficit de persecución por ausencia normativa.

Principio de selectividad: los crímenes más graves y los mayores responsables

La Oficina del Fiscal ha adoptado la política de concentrar sus esfuerzos en los crímenes más graves y, por regla general, en aquellas personas que tienen la mayor responsabilidad por esos crímenes (Rastan, 2007); se trata de la elección de un selecto número de victimarios de alto nivel (Stahn, 2005).

Al respecto, la necesidad de seleccionar los delitos más graves se entrevé desde el Preámbulo del Estatuto al afirmar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y se confirma con el Artículo 17 del mismo, el cual anuncia el estándar de gravedad suficiente como elemento fundamental a la hora de adelantar el test de complementariedad.

Así mismo, la doctrina (Robinson, 2003, Ambos, 2004^a, 2008, 2010 y Olásolo, 2009), la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y la Sala de Cuestiones Preliminares I sostienen que la Corte Penal Internacional solo ejerce su jurisdicción personal frente a los líderes políticos y militares que tengan mayor responsabilidad (The Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo, Decision on the prosecutor's application for warrant of arrest, párrafo 44).

Esta tesis se confirma en la práctica. Si se miran las situaciones que se adelantan en este momento en la CPI, se observa que las causas se reducen a un número mínimo de personas. Así pues, en primer lugar, en la situación en Uganda hay una causa en curso: el Fiscal contra Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen; en segundo lugar, en la situación en la República Democrática del Congo hay tres causas en curso: el Fiscal contra Bosco Ntaganda, el Fiscal contra Thomas Lubanga y el Fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui; así mismo, en la situación de la República Centroafricana se adelanta la causa del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo; por último, en la situación de Darfur está: el Fiscal contra Ahmad Muhammad y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman; el Fiscal contra Omar Hassan Ahmad Al bashir; el Fiscal contra Bahr Idriss Abu Garda y el

Fiscal contra Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus (Informe de la Corte Penal Internacional 2009-2010).

En este segmento de la discusión, el análisis radica en determinar si los más responsables —en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz— son objeto de una investigación y de un juzgamiento genuino. Como ya se advirtió, de cara al test de admisibilidad el *quid* está en demostrar, entre otros factores, que la decisión nacional obedeció al “propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte”, según lo dispone el Artículo 17 2 (a) del Estatuto de Roma, o en caso de ser condenados y, en consecuencia, se les imponga la pena alternativa, se debería demostrar que dichas condenas se impusieron con el fin de “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte” al tenor del Artículo 20 (3) del Estatuto de Roma.

Lo cierto es que en uno y otro caso la mala fe del Estado es la que juega un papel protagónico a la hora de dilucidar la cuestión relativa al propósito de sustraer de responsabilidad penal a los más responsables. Por supuesto, esta evaluación, amén de sensible, implica contar con elementos de juicio certeros, toda vez que la extradición contó con la autorización de la Corte Suprema de Justicia y del gobierno nacional, y que la Ley de Justicia y Paz pasó por el análisis y corrección a cargo de la Corte Constitucional.

El foro más adecuado

En cuanto al análisis preliminar que adelanta el Fiscal de la Corte Penal Internacional, vale la pena traer a colación el enfoque que plantea en relación con dicho análisis:

Estamos en Colombia para cumplir una parte de nuestra tarea, que es analizar la información sobre procedimientos nacionales en casos que pueden ser de mi jurisdicción. En Colombia hay un nivel de homicidios muy alto, similar al del Congo, donde, entre el 2002 y el 2004, el número de muertos, 5000, fue similar. La diferencia fundamental es que en Colombia las instituciones funcionan, su policía investiga, hay jueces y fiscales¹.

De dicha aseveración se entrevén dos aristas: la primera tiene que ver con que, en efecto, el umbral de gravedad de los delitos que ocurren en Colombia son de la suficiente entidad como de algunas de las situaciones que conoce

¹ Ver: <http://static.rnw.nl/migratie/www.informarn.nl/americas/colombia/act080828-congo-colombia-redirected>

la Corte Penal Internacional. La segunda —que marca una importante diferencia a pesar de las grandes dificultades que atraviesa el país— es que hay instituciones que procuran por la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos en el marco de la Ley de Justicia y Paz, así como aquellos que de dicha sede se derivan.

En este escenario, resulta menester mencionar los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Penal a la hora de sentar las directrices de este proceso que, aun cuando no siempre resulten ajenos a la discusión y a la crítica, sí demuestran la intención de forjar un sendero en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, en el lapso comprendido entre octubre 2009 y noviembre de 2010 se han emitido 22 pronunciamientos acerca de los diversos aspectos de la mencionada Ley de la siguiente manera: formulación de la imputación, formulación de cargos, incidente de reparación integral, sentencia y pena alternativa, medidas cautelares, función de control de garantías y extradición (El proceso penal de justicia y paz, 2010).

Lo mismo puede decirse en lo que respecta a los procesos de la *parapolítica* que se han nutrido de los procedimientos de justicia y paz. En esta materia, en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 a septiembre de 2010 se han emitido autos y sentencias que abarcan los siguientes asuntos: procedimientos para investigar y juzgar aforados constitucionales, competencia de la Sala de Casación Penal para juzgar aforados constitucionales, aspectos probatorios, sentencia y ejecución de la pena, investigaciones derivadas de los procesos por parapolítica, principales conductas punibles, responsabilidad penal y derechos de las víctimas (Procesos contra aforados constitucionales —*parapolítica*—, 2010).

Además, la misma Corporación de cara a blindar sus pronunciamientos en estos asuntos ha dicho que:

en el evento en que alguna autoridad pretenda la impunidad de los hechos juzgados en el presente asunto, se remitirá copia de la actuación a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento en tanto se demostraría que algunas instituciones en Colombia obstruyen la eficacia de la administración de justicia (Sentencia 32672 del 3 de diciembre de 2009).

Esto último, por supuesto, puede tener una doble implicación: de una parte, el hecho de demostrar la férrea voluntad de juzgar y sancionar este tipo de conductas y, de otra parte, podría servir de referente en relación con un

posible test de admisibilidad, máxime si se tiene en cuenta que en la situación que remitió la República Centroafricana, el Tribunal de Casación —máximo órgano judicial de dicho país— confirmó con posterioridad que el sistema de justicia nacional no pudo llevar a cabo las investigaciones y juzgamientos.

Dicho fallo fue, según el Fiscal de la Corte Penal Internacional, un factor importante porque en el marco del Estatuto de Roma la CPI es un tribunal de última instancia e interviene en situaciones sólo cuando las autoridades judiciales nacionales no pueden llevar a cabo el procedimiento².

Un segundo argumento que sitúa la jurisdicción interna en el terreno del foro más adecuado lo constituyen las posibilidades logísticas para adelantar *in situ* las investigaciones. En efecto, mediante la Ley 975 del 25 de junio de 2005 se creó la Unidad Nacional de Justicia y Paz delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En este punto, resulta pertinente la apreciación del Fiscal de la Corte Penal Internacional en una de sus visitas a Colombia:

Mi equipo son 30 personas. Y solamente en esa fosa había siete u ocho antropólogos forenses trabajando, había un pelotón de 25 soldados cuidándolos, dos equipos investigando quiénes eran las víctimas y quiénes los victimarios. Y era sólo una fosa. En ese sentido, es mejor que actúe el sistema nacional y no la CPI³.

Con todo, la tesis del foro más adecuado se sustenta y parte de la premisa según la cual el modelo adoptado por la Ley de Justicia y Paz es un auténtico y genuino procesamiento. Desde luego, el foro doméstico se erige en el más adecuado a partir de dicha premisa, máxime si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta Política la mencionada Ley. En consecuencia, si se desvirtúan los supuestos que sirvieron de base para la declaratoria de excequibilidad de la Ley de Justicia y Paz las conclusiones no podrían ser las mismas.

² <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2007/prosecutor%20opens%20investigation%20in%20the%20central%20african%20republic?lan=en-GB>

³ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8537230>

CONCLUSIONES

La paz como derecho de talante constitucional es una meta a la que el Estado no puede renunciar; sin embargo, para tal cometido se deben proteger valores como el de la justicia y la verdad.

Ahora bien, es evidente que acorde con el Estatuto de la Corte Penal Internacional este organismo no busca arrogarse la competencia en relación con los hechos cuya investigación corresponda a los tribunales nacionales. Por ende, la relación entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales no es vertical y, por lo mismo, procura sin duda alguna fortalecer la capacidad de los sistemas judiciales nacionales.

Así mismo, el principio de complementariedad está llamado a servir como apotegma que señale un necesario equilibrio entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, de suerte que la primera opción para investigar los crímenes nucleares está en cabeza de las jurisdicciones nacionales; sin embargo, esta primacía no es absoluta porque un Estado pierde su preponderancia cuando se manifiesta la falta de voluntad o la incapacidad de ejercer su jurisdicción sobre un determinado caso.

Por supuesto, determinar la falta de disposición de un Estado es una cuestión no sólo bastante compleja desde la mirada normativa, sino altamente sensible desde la perspectiva política por envolver, sea como fuere, la evaluación y calificación de un sistema judicial doméstico.

El resultado del test de la falta de voluntad e incapacidad depende de la seriedad del compromiso del gobierno hacia la paz como objetivo supremo del proceso y, además, de la búsqueda de la justicia para las víctimas en cuanto ella sea posible, sin poner en peligro la paz (Ambos, 2008, 2010).

Con todo, la admisibilidad de una situación dada ante la Corte Penal Internacional se puede dar, así se adelanten investigaciones por parte de los tribunales nacionales, si se demuestra la configuración de alguna de las circunstancias que prevé el Artículo 17 del Estatuto.

A este propósito, finalmente, es pertinente responder la cuestión que se formuló en el preludio de esta investigación. En primer término, no hay garantía absoluta de que la Corte Penal Internacional se abstenga de ejercer la facultad complementaria de intervención.

Sin embargo, en segundo término, el test que plasma el Estatuto de Roma en esta materia es bien complejo y superarlo, en relación con el caso colombiano —Ley de Justicia y Paz—, no parece muy claro a pesar de los evidentes escollos que atraviesa.

Añádase, en tercer término, que de acuerdo con la estrategia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ésta se ocupa no sólo de los crímenes más graves, sino de los criminales más responsables. En este punto es donde se gravita la discusión, toda vez que parte de los más responsables ya fueron extraditados y su participación en el marco de la referida Ley está hoy en entredicho.

Por último, Colombia es un país que pese a sus enormes dificultades cuenta con un aparato judicial que ha dado muestra de su independencia y vocación de juzgar y sancionar el catálogo de crímenes inenarrables ejecutados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley, por lo mismo parece ser el foro “más adecuado”.

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

- Agirre, X., Cassese, A., Einar Fife, R., Friman, H., Hall, C. K., *et. al.* (2003). Informal expert paper: the principle of complementarity in practice (*“Expert Paper”*), Obtenido el 10 de junio de <http://www.icc-Corte Penal Internacional.int/iccdocs/doc/doc656350.PDF>
- Ambos, K. (1997). *Impunidad y Derecho penal internacional, un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia Perú, Chile y Argentina*. Medellín: Editorial Diké.
- Ambos, K. (2004a). *Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia*. Seminario internacional Corte Penal Internacional instrumento de paz para Colombia. Bogotá: Fundación país libre y Konrad – Adenauer– Stiftung.
- Ambos, K. (2004b). *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Editorial jurídica Gustavo Ibáñez.
- Ambos, K. (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Ambos, K. (2007). “Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik”, *Polít crim*. Núm. 4, A1, pp. 1-16.
- Ambos, K. (2008). Article 25 Individual criminal responsibility. Obtenido el 10 de octubre de 2010, de http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component?option=com_docman/Itemid,133/gid,131/task,cat_view/
- Ambos, K. (2008a). *El marco jurídico de la transición*. Bogotá: Temis.

- Ambos, K. (2008b). *Derecho y proceso penal internacional, ensayos críticos*. Ciudad de México D.F.: Fontamara.
- Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*. Ministerio de Relaciones Exteriores (*Auswartiges Amt*) Embajada de Alemania en Colombia/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH Proyecto ProFis. Bogotá: Temis.
- Ambos, K. (2009). *Justicia de Transición*. Bogotá: Temis, Konrad-adenauer-stiftung e.v.
- Ambos, K. y Guerrero, O. (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. y Malarino, E. (2003). Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina. Conclusiones preliminares. Obtenido el 19 de enero de 2011, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2230/19.pdf>
- Aponte, A. (2007). El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano. En: K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik. *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Contribuciones de América Latina y Alemania*. (pp. 197-226). Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen, Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis.
- Benzing, M. (2003). “The complementarity regime of the international criminal court: international criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, pp. 591-632.
- Botero, C. y Restrepo, E. (2006). Estándares internacionales y procesos de paz en Colombia. En: DeJusticia. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad Justicia y reparación para Colombia* (pp. 45-109). Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia.
- Brown, B. S. (1998). “Primacy of Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals”, *23 Yale Journal of International Law*, Núm. 383.

- Burke-Withe, W. (2005). "Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo", *Leiden Journal of International Law*, Núm. 18.
- Burke-Withe, W. (2008a). "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice", *Criminal Law Forum. Dordrecht: 2008*. Vol. 19, Iss. 1.
- Burke-Withe, W. (2008b). "Proactive complementarity: the international criminal court and national courts in the Rome system of justice", *Harvard international Law Journal*, Vol. 49.
- Doherty, K. y McCormack, T. (1999). "'Complementarity' as a catalyst for comprehensive domestic penal legislation", *Davis J. Int'l L & Policy*.
- Cárdenas Aravena, C. (2006). Chapter 4 The admissibility test before the international criminal court under special consideration of amnesties and truth commissions. En: Kleffner/Kor (Eds.) *Complementary views on complementarity* (pp. 115-139). The Hauge: Asser Press.
- Carnero Rojo, E. (2005). "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, Iss. 4.
- DeGuzman, M. M. (2008). "Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, Issue 5, Art. 2.
- Compilación de autos de la Sala de Casación Penal del la Corte Suprema de Justicia (2010). *El proceso penal de justicia y paz.*, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- El Zeidy Mohamed M. (2006). Some Remarks on the Question of the Admissibility of a Case during Arrest Warrant Proceedings before the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, 19, pp 741-751 doi: 10.1017/S0922156506003554
- Evans, D. R. (1999). Amnesties, pardons and complementarity: does the international criminal court have the tools to the end impunity. Obtenido el 20 de junio de 2011, de <http://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/>

publications/hrlcommentary2005/amnestiespardonscomplementarity.pdf

Flores Liera, S. (2005). La admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional. En: *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*. México: Porrúa.

Frühling, M. (2004). *Reflexiones sobre los principios concernientes al Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación*. Seminario internacional Corte Penal Internacional instrumento de paz para Colombia. Bogotá: Fundación País Libre, Konrad-Adenauer-Stiftung.

(GAETA, 2007) Los Orígenes de la Justicia Penal Internacional Asamblea de Estados Partes Corte Penal Internacional. Obtenido el 20 de junio de 2011, de http://212.159.242.181/iccdocs/asp_docs/library/asp/ICC-ASP-6-INF.2_Spanish.pdf Consultado 20 de junio de 2011

García Ramírez, S. (2004). “El principio de complementariedad”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, Vol. 4.

Gioia, F. (2006). “State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Iss. 4.

Gómez-Robledo, A. (s.f.). Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional. Obtenido el 6 de julio de 2009, de <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/479/27.pdf>

Gramajo, J. (2003). *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Heller, K. J. (2006). “The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process”, *Criminal Law Forum*, Vol. 17, Iss. 3–4.

Holmes, J. (1999). The principle of Complementarity. En: R. Lee (Edit.). *The International Criminal Law, The Making of the Rome Statute, Kluwer Law International* (pp. 41–78). The Hague: Editorial Lee.

Human Rights Watch policy paper: The meaning of “the interests of justice” in article 53 of the Rome Statute, 2005. Recuperado 10 de marzo 2008 en: <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf>

- Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998). A/CONF.183/2/Add.1. Obtenido el 20 de octubre 2009, de <http://www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm>
- Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2008/2009.
- Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/2010.
- Jensen, R. (2006). Chapter 5 Complementarity, 'genuinely' and article 17: assessing the boundaries of an effective ICC. En: Kleffner/Kor (Edits.) *Complementary views on complementarity*. (pp. 147–170). The Hauge: Asser Press.
- Jensen, R. (2005). "Complementing complementarity: the principle of complementarity in the Rome statute of the international criminal court", *Journal of International Criminal Justice Oxford University* 3.
- Keith Hall, C. (1998). La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 145.
- Lirola Delgado, I. y Martín Martínez, M. (2001). *La Corte Penal Internacional Justicia versus Impunidad*. España: Editorial Ariel.
- Mallarino, E. (2009). Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Obtenido el 20 de enero de 2010, de http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_7_337.pdf
- Meyer, F. (2006). "Complementing Complementarity", *International Criminal Law Review* 6.
- Moreno, L. (2007). "Transitional justice in ongoing conflicts", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1.
- Naqvi, Y. (2006). "El derecho a la Verdad en el Derecho Internacional: ¿realidad o ficción?" 862 *International Review of the Red Cross* [versión original]. Consultado el 10 de octubre de 2010, de [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862_p245/\\$File/irrc_862_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862_p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf)

- Ntanda, Nsereko D. D. (1999). "The International Criminal Court: Jurisdictional and related issues", *Criminal Law Forum*, tomo 10, Núm. 1.
- Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto, programas de reparaciones. Consultado el 15 de abril de 2009, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra: www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf
- Olásolo Alonso, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?, especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Olásolo Alonso, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Olásolo Alonso, H. (18 de octubre 2010). *La función de la corte penal internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad para proteger y la función preventiva de la corte penal internacional*. Lección Inaugural como Catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht, Aula Magna del Edificio Académico de la Universidad de Utrecht.
- Orenlicher, D. (2005). Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity. Obtenido el 10 de abril de 2009, de <http://www.hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf> <http://www.derechos.org/nizkor/impu/principles.html>
- Quesada Alcalá, C. (2005). *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pastor, D. (2007). "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?", *Jueces para la democracia. Información y debate*, Núm. 59.
- Pichon, J. (2008). "The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", *ICLR* 8.
- Procesos contra aforados constitucionales —parapolítica— (2010). Centro Internacional para la Justicia Transicional. Bogotá, Colombia.

- Rastan, R. (2007). "The power of the prosecutor in initiating investigations". Recuperado el 25 de noviembre de 2009, A paper prepared for the symposium on the international criminal court february 3 – 4, 2007; Beijing, china: <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/ICC%20Reports/PoweroftheProsecutor.pdf>
- Robinson, D. (junio 2003). "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Comissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 3, pp. 481-505.
- Robinson, D. (2006). Comments of chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena. En: Kleffner/Kor (Edits.). *Complementary views on complementarity*. The Hauge: Asser Press.
- Rodríguez-Villasante y Prieto (2007). *Derecho Internacional Humanitario*. España: Tirant Lo Blanch/Cruz Roja.
- Ryngaert, C. (2008). "Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle", *Criminal law forum*, tomo 19, Núm. 1.
- Schabas, W. (2007). *An Introduction to the International Criminal Court*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Schabas, W. (2008). "Complementarity in practice: some uncomplimentary thoughts", *Criminal Law Forum*, tomo 19, Núm 1.
- Sacouto, S. y Cleary, K. (2009). "The gravity threshold of the international criminal court", *American University International Law Review*, Núm. 5, Vol. 23.
- Solera, O. (2002). "Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 845.
- Stahn, C. (2005). La geometría de la justicia transicional: opciones del diseño institucional. En: *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Stahn, C. (2008). "Complementarity: a tale of two notions", *Criminal Law Forum*, tomo 19, Núm. 1.
- Uprimny, R. (2001). "Las transformaciones de la Administración de Justicia". En: A. Rettberg. *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I (pp.

81-142). Bogotá: Colciencias, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional y Siglo del Hombre Editores

Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En: DeJuSticia *¿Justicia transicional sin transición? Verdad Justicia y reparación para Colombia* (16-42). Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-DeJuSticia.

Uprimny, R. y Saffón, M. (2006). ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional. En: DeJuSticia *¿Justicia transicional sin transición? Verdad Justicia y reparación para Colombia* (198-230). Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-DeJuSticia.

Velásquez V., F. (junio 24 2007). Foro A los dos años de expedición de la Ley de justicia y paz. Seminario de rendición de cuentas. Manuscrito.

Velásquez, F. y Wolffhügel, C. (2009). “Reporte destinado al XVIII Congreso Internacional de Derecho penal —Cuestionario sección 3ª: Derecho procesal penal: Medidas procesales especiales y respeto por los derechos humanos—”, *Revista Internacional de derecho penal*,

Velásquez V., F. (2010). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Ibáñez.

Young, G. K. (2002). “Amnesty and Accountability. U.C”, *Davis Law Review*, Núm. 35.

Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Sala de cuestiones preliminares:

- Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58 ICC-01/04-520-Anx2 17-07-2008 2/69 VW PT.
- Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case (ICC-01/04-01/07-474) Mayo 13 de 2008.
- Prosecutor v. Kony. Decision on the Admissibility of the Case under Article 19 (1) of the Statute. (ICC-02/04-01/05).
- Prosecutor vs. Tomas Lubanga Dylo. Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest. ICC-01/04-01/06-8-US-Corr 09-03-2006 7/65 SL.
- Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest. Article 58, ICC-01/04-01/06-8-Corr, No. ICC-01/09 25/83 31 March 2010 ICC-01/09-19 31-03-2010 25/163 CB PT
- Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest. ICC-02/05-01/09-3 04-03-2009 1/146 CB PT.
- Decision assigning the situation in the republic of Kenya to pre-trial chamber II ICC-01/09-1 06-11-2009 1/3 CB PT.
- Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. (ICC-01/09-19-Corr). 31 de marzo de 2010.

Sala de apelaciones:

Prosecutor vs. Katanga and Ngudjolo, judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre-Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases ICC-01/04-01/07-573 09-06 2008 1/8 VW PT OA6).

Judgment on the Prosecutor Appeals Against of Decision of the Pre Trial I Chamber entitled “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58” Situation in the Republic Democratic of the Congo ICC-01/04-169 23-09-2008 1/49 CB PT OA.

Public document Judgment on the Appeal Against the Decision on Joinder rendered on 10 March 2008 by the Pre- Trial Chamber in the Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui Cases No.: ICC-01/04-01/07 OA 6 1/8 ICC-01/04-01/07-573 09-06-2008 1/8 VW PT OA6.

Public document Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, No. ICC-01/04-01/07 OA 25 September 2009.

Documentos de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-1349 31-07-2009 1/38 RH T OA8. Prosecution’s Response to Document in Support of Appeal of the Defence for Germain Katanga against the Decision of the Trial Chamber “*Motifs de la decision oral relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire*”

Regulations of the Office of the Prosecutor <http://www.icc-CortePenalInternacional.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Regulations+of+the+OTP.htm>

Prosecutorial Strategy 2009-2012 <http://www.icc-cpi.int /NR / rdonlyres / 66A8DCDC -3650- 4514 - AA62 - D229D1128F65 /281506/ OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf>

POLICE PAPER ON PRELIMINARY EXAMINATIONS. (ICC-OPT2010). ([http:// www.icccpi.int / Menus / ICC / Structure+of+the+Court/ Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Draft+Policy+Paper +on+Preliminary+Examinations.htm](http://www.icccpi.int / Menus / ICC / Structure+of+the+Court/ Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Draft+Policy+Paper +on+Preliminary+Examinations.htm)). Octubre de 2010.

Letter Concerning Situation in Iraq, 2006.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso la masacre de la Rochela vs. Colombia

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala

Caso la masacre de la Mapiripán vs. Colombia

Caso Acosta Calderón vs. Ecuador

Caso las masacres de Ituango vs. Colombia

Caso la Masacre de Pueblo Bello

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua

Caso Acosta Calderón vs. Ecuador

Caso 19 Comerciantes vs Colombia

Caso Radilla Pacheco vs México

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay

Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela

Caso Goiburú y otros v. Paraguay

Caso de la masacre de Pueblo Bello v. Colombia

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Sentencias: T-1249 de 2004; T-366 de 2005, C-578 de 2002, C- 370 de 2006, C-575 de 2006, C-400 del 2006, C- 575 de 2006, C-080/07 y C-867 de 1999.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Sentencia No. 31539, 31 de julio de 2009.

Sentencia No. 32022, 21 de septiembre de 2009.

Sentencia No. 27873 de 27 de agosto de 2007.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz

Sentencia de dos de diciembre de 2010 Rad. 110016000253200680281.

Sentencia de 29 de junio de 2010, Rad. 110016000253200680077

Decretos y leyes

Decreto 3398 del 24 de Diciembre de 1965.

Decreto 1288 de 1965.

Decreto N° 1923 de 1978.
Decreto 3664 del 17 de Diciembre de 1986.
Decreto Legislativo 0180 del 27 de Enero de 1988.
Decreto 2266 de 1991.
Decreto 0678 de 1988.
Decreto 1194 de 1989.
Decreto 2266 de 1991.
Decreto Reglamentario 3391 de 2006.
Ley 418 de 1997.
Ley 782 de 2002.
Ley 975 de 2005.
Ley 1312 de 2009.